

Canada Industrial Relations Board



Conseil canadien des relations industrielles

C.D. Howe Building, 240 Sparks Street, 4th Floor West, Ottawa, Ont. K1A 0X8
Édifice C.D. Howe, 240, rue Sparks, 4^e étage Ouest, Ottawa (Ont.) K1A 0X8

Motifs de décision

George Cairns et autres,

plaignants,

et

Conférence ferroviaire de Teamsters Canada
(anciennement Fraternité internationale des
ingénieurs de locomotives),

intimée,

et

Compagnie des chemins de fer nationaux du
Canada; VIA Rail Canada inc.,

employeurs.

Dossier du Conseil : 24865-C
Référence neutre : 2011 CCRI 575
Le 29 mars 2011

Le Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil), composé de M^e Andrew C. L. Sims, c.r., Vice-président, siégeant seul en vertu du paragraphe 14(3) du *Code canadien du travail* (*Partie I – Relations du travail*) (le *Code*), a examiné l'affaire susmentionnée. De nombreuses audiences et téléconférences ont été tenues avec les parties pendant la période allant de février 2005 à septembre 2008.

Ont comparu

M^c Michael A. Church, pour George Cairns et autres;

M^c James L. Shields, pour la Conférence ferroviaire de Teamsters Canada (anciennement la Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives);

M. Barry Hogan et M^c John A. Coleman, pour la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada;

M^c Louise Béchamp, pour VIA Rail Canada inc.

I – Introduction

[1] La présente décision concerne les redressements qui doivent être accordés à certains employés et anciens employés (le groupe Cairns ou les plaignants) de VIA Rail Canada inc. (VIA) en raison de l'accueil par le Conseil de la plainte de manquement au devoir de représentation juste fondée sur l'article 37 du *Code* qu'ils avaient déposée à l'encontre de leur agent négociateur. Comme il est expliqué ci-dessous, le Conseil a déjà statué que l'employeur, VIA, peut aussi être tenu responsable des redressements, et ce, malgré le fait qu'aucun partage de la responsabilité entre VIA et l'agent négociateur n'ait été fixé.

[2] Dans des décisions précédentes, le Conseil avait encouragé les parties à remédier à la violation du *Code* en négociant de nouvelles modalités à inclure dans la convention collective. Ces efforts ont échoué, ce qui a amené le Conseil à présenter un autre mode de redressement – une combinaison de dommages-intérêts et d'ordonnances de redressement – étant donné qu'il était devenu presque impossible de démêler les divers droits d'ancienneté, droits en matière d'emploi et droits de rappel ainsi que les incidences – désormais inévitables – sur les tiers. En l'espèce, la question est de savoir quels principes doivent guider la façon dont ces dommages-intérêts sont attribués et comment ces principes doivent s'appliquer aux cinq cas types.

[3] VIA exploite un service de trains de passagers. Les employés qui travaillent à bord des trains sont qualifiés de « personnel itinérant ». Auparavant, il existait deux groupes d'employés : les mécaniciens de locomotive et les chefs de train. Chaque groupe comportait des classifications connexes, mais ces deux catégories générales sont suffisantes aux fins des présentes.

[4] Avant VIA, c'étaient la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada (le CN) et le Chemin de fer Canadien Pacifique (le CP) qui fournissaient les services aux passagers au Canada. Historiquement, le groupe des mécaniciens de locomotive faisait partie d'une unité de négociation représentée par la Fraternité internationale des ingénieurs de locomotives (la FIL). Les chefs de train faisaient partie des autres unités de négociation regroupant le personnel itinérant, alors représentées par les Travailleurs unis des transports (le TUT).

[5] Il existait donc deux corps de métiers, regroupés en unités de négociation distinctes représentées par des syndicats différents, deux autorités à l'égard des corps de métiers et deux listes d'ancienneté, où le rang d'un employé dépendait davantage du moment de son adhésion à l'unité de négociation qu'à celui de son embauche par VIA.

[6] La FIL fait maintenant partie de la Conférence ferroviaire de Teamsters Canada (la CFTC). Même si les dossiers du Conseil ont été modifiés pour rendre compte de ce changement, dans les présents motifs, le Conseil continuera à désigner la CFTC comme la FIL, et ce, parce qu'un si grand nombre de décisions et de références antérieures le font aussi (voir la décision *VIA Rail Canada inc.*, 2007 CCRI 381 (la décision 381), paragraphe 12).

[7] Lorsque VIA est devenue responsable du service aux passagers, elle l'a fait sous réserve d'un certain nombre de conditions réglementaires et législatives. Pendant un certain temps, le personnel itinérant de VIA lui a été fourni par d'autres compagnies de chemin de fer, dont le CN, lequel était encore une société d'État à ce moment-là. Cependant, en 1987, VIA a décidé d'embaucher son propre personnel itinérant. Elle a toutefois maintenu la distinction traditionnelle entre les chefs de train et les mécaniciens de locomotive. Lorsque VIA a succédé au CN, elle a été subrogée au CN relativement aux conventions collectives visant les deux groupes de personnel itinérant.

[8] De plus, un accord conclu le 6 mars 1987 prévoyait les conditions auxquelles les employés du CN pouvaient choisir d'aller travailler pour VIA et les employés de VIA pouvaient choisir de retourner travailler pour le CN (les « droits de retour »). Cet accord, dont il sera davantage question ci-dessous, représente un facteur clé et une source de complexification dont il faut tenir compte pour comprendre le litige que le Conseil doit trancher. Cet accord a fait que de nombreux employés

continuaient à détenir des droits d'ancienneté non seulement dans leur propre unité de négociation à VIA, mais aussi dans l'unité de négociation du CN.

[9] En 1997, VIA a dû faire face à une diminution de sa subvention gouvernementale pour des fins d'exploitation. Elle a élaboré une stratégie visant à réduire de 15 millions de dollars ses dépenses annuelles, principalement en réduisant son nombre d'employés. Cette stratégie était appelée le projet Ère nouvelle pour les services (ENSV). Le projet ENSV consistait notamment à fusionner les postes de mécanicien de locomotive et de chef de train et à transférer certaines tâches de service à bord des trains à des employés occupant un nouveau poste distinct.

[10] Lorsqu'elle a annoncé le projet ENSV, VIA était partie à deux conventions collectives : la première pour les mécaniciens de locomotives avec la FIL et la deuxième pour les chefs de train avec le TUT. VIA a demandé au Conseil canadien des relations du travail (le CCRT) de fusionner ses deux unités de négociation composées du personnel itinérant en une seule. À peu près au même moment, VIA a avisé les deux syndicats qu'elle allait établir la nouvelle classification de mécanicien d'exploitation et qu'elle allait éliminer plusieurs postes existants. Ces avis ont été qualifiés d'« avis de modifications importantes ». À ce moment-là, le Conseil a décrit les événements de la façon suivante :

... Elle a toutefois déclaré son intention d'abolir les deux classifications actuelles de mécaniciens de locomotives et de chefs de train (par souci de clarté, nous ne ferons pas allusion séparément aux classifications connexes regroupées dans chacune de ces unités, qui pourraient aussi être touchées par ce changement), et de créer une nouvelle classification de « mécaniciens d'exploitation » dont les fonctions combineront celles qui sont actuellement confiées aux mécaniciens de locomotives et la plupart de celles des chefs de train et des employés affectés à des tâches connexes. VIA compte confier une partie (environ 30 %) de ces dernières fonctions à des employés affectés aux « services à bord », qui sont par ailleurs membres d'une autre unité de négociation, représentée par le Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada). La composition de cette unité n'est pas directement touchée par la présente demande. Du point de vue pratique, cette « fusion » envisagée pourrait résulter en la perte de quelque 250 postes itinérants et en la création de quelque 70 nouveaux postes de services à bord. À l'heure actuelle, tandis que tous les membres de l'unité de mécaniciens auraient les qualités requises pour exercer les fonctions de la classification combinée de « mécanicien d'exploitation », il a été établi que seulement 5 % des membres de l'unité de chefs de train satisferaient aux exigences.

(*VIA Rail Canada inc.* (1997), 104 di 67; et 38 CLRBR (2d) 124 (CCRT n° 1206), pages 69; et 126)

[11] La concomitance entre, d'une part, la fusion des classifications et l'élimination consécutive de 250 postes de personnel itinérant et, d'autre part, la fusion proposée des deux unités de négociation posait un problème pratique, que le Conseil a décrit de la sorte :

... Si l'employeur met en œuvre la nouvelle classification – et il a, conformément aux conventions collectives qu'il a signées avec la FIL et le TUT, donné à chacun des syndicats l'avis d'intention d'apporter des « changements importants » prévu dans celles-ci – les unités de négociation actuelles feraient double emploi. En effet, autant l'unité de la FIL que celle du TUT serait dépourvue de membres, et les « mécaniciens d'exploitation », qu'ils soient individuellement membres des FIL ou des TUT, ne feraient plus partie d'une unité de négociation existante. Il n'y aurait aucun agent négociateur accrédité habilité à négocier le passage équitable et harmonieux des postes existants du personnel itinérant au nouveau poste de « mécanicien d'exploitation » ...

(VIA Rail Canada inc. (CCRT 1206), précitée, pages 69-70; et 126)

[12] Le Conseil estimait que les employés appartenant à la nouvelle classification devaient faire partie d'une seule unité de négociation plutôt que des deux unités de négociation existantes. Pour permettre aux employés de choisir leur agent négociateur, le Conseil a tenu un scrutin, que la FIL a remporté. Un nouveau certificat d'accréditation a été délivré à la FIL le 31 octobre 1997 (ordonnance n° 7314-U), lui conférant les droits de négociation collective à l'égard de tous les employés faisant partie du personnel itinérant, qui devaient être regroupés sous la classification de « mécanicien d'exploitation » (un terme qui a depuis été rétabli à « mécanicien de locomotive »). Avant la tenue du scrutin, le Conseil a expliqué la tâche qui attendait le syndicat vainqueur :

Quel que soit le résultat du scrutin dans cette affaire, l'employeur, le syndicat choisi et de nombreux employés se retrouveront dans des positions difficiles. Les négociations entre l'employeur et le syndicat (qui représentera alors plusieurs employés dont les qualités pour exercer les fonctions de la classification combinée de « mécanicien d'exploitation » diffèrent) seront nécessairement difficiles et délicates. Il est important de souligner que l'employeur a reconnu qu'il devra fournir une formation importante et coûteuse – particulièrement à de nombreux chefs de train pour que ceux-ci puissent exercer les tâches de mécanicien – afin que les membres des deux groupes d'employés touchés bénéficient, dans la mesure du possible, de perspectives d'emploi comparables.

(VIA Rail Canada inc. (CCRT 1206), précitée, pages 73; et 130)

[13] Après avoir été accréditée, la FIL a négocié une convention collective avec VIA à l'égard de la nouvelle unité de négociation fusionnée. Cette convention comportait en annexe une entente sur la composition des équipes (l'ECE), qui encadrait la mise en œuvre du projet ENSV. Cela revenait à décider quels étaient les 250 employés qui allaient devenir mécaniciens d'exploitation et quels étaient les 250 employés, environ, qui perdraient leur emploi. Il fallait donc choisir entre ceux qui

étaient formés et ceux qui ne l'étaient pas, entre les anciens mécaniciens de locomotive représentés par la FIL et les anciens chefs de train représentés par le TUT et entre ceux qui avaient le droit de retourner au CN et ceux qui n'avaient pas ce droit de retour. Pour les 250 employés déplacés, cela exigeait la négociation des conditions de leur congédiement, notamment une indemnité de départ et l'option de prendre une retraite anticipée.

[14] La convention collective, plus particulièrement dans l'ECÉ, favorisait les mécaniciens de locomotive aux dépens des chefs de train. Les chefs de train composant le groupe Cairns estimaient qu'on les privait de l'occasion d'être formés comme mécaniciens de locomotive et que les clauses portant sur l'ancienneté ne protégeaient pas leurs intérêts, car, s'ils étaient formés, et pas avant, ils allaient être inscrits au bas de la liste d'ancienneté des mécaniciens de locomotive. Ils soutenaient, et le Conseil leur a donné raison à cet égard, que leur liste d'ancienneté aurait dû être intégrée avec celle de l'ancienne unité de négociation de la FIL dès le départ. À ce moment-là, les chefs de train risquaient de perdre leur emploi sans détenir de garantie ou de certitude au sujet de leur droit de retour au CN. Des modalités d'indemnité de départ et de retraite anticipée avaient été négociées, mais de nombreux chefs de train les trouvaient peu attrayantes. Ils ont fait plusieurs autres allégations, qui ont été décrites de manière détaillée dans la décision *George Cairns*, 1999 CCRI 35 (la décision 35).

[15] Leur position a été résumée dans une décision de redressement subséquente du Conseil (*George Cairns*, 2003 CCRI 230 (la décision 230)) :

[5] ... En définitive, tous les mécaniciens de locomotive, sauf quelques-uns, ont reçu la formation requise pour accomplir les nouvelles tâches (et ont dès lors pu conserver leur emploi), alors que c'est l'inverse qui s'est produit dans le cas des chefs de train. Précisons que l'ECÉ est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1998.

...

[7] Certains chefs de train en sont arrivés à la conclusion que la FIL avait négocié l'ECÉ à leur détriment, afin d'avantager l'actuel groupe des mécaniciens de locomotive. Leur réflexion les a amenés à présenter, par le truchement de M. George Cairns, une plainte de pratique déloyale de travail en vertu du paragraphe 97(1) du *Code*, alléguant que la FIL avait « agi de façon arbitraire, discriminatoire et de mauvaise foi dans sa représentation des employés à la suite de la fusion de deux unités de négociation, en violation de l'article 37 du *Code* »...

[16] L'article 37 du *Code*, que le groupe Cairns a invoqué dans sa plainte, est ainsi rédigé :

37. Il est interdit au syndicat, ainsi qu'à ses représentants, d'agir de manière arbitraire ou discriminatoire ou de mauvaise foi à l'égard des employés de l'unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective.

[17] Le Conseil a conclu que la FIL avait bel et bien manqué aux obligations que lui imposait l'article 37 et, dans un premier temps, il a ordonné des redressements qui sont décrits plus amplement ci-dessous. Essentiellement, le Conseil a ordonné à VIA et à la FIL de rouvrir l'ECÉ et, sous réserve de certaines conditions liées aux redressements, de négocier à nouveau ce volet de la convention collective relativement à trois questions :

1. l'exigence selon laquelle les chefs de train devaient être choisis en vue de suivre une formation comme mécaniciens plutôt que d'être automatiquement admissibles à cette formation;
2. la perte des droits d'ancienneté en raison de l'adoption d'une liste d'ancienneté « à la baisse » dans le cas des chefs de train nouvellement formés;
3. la clause prévoyant que les chefs de train seraient admissibles à retourner au CN sans vérification préalable de la position du CN à ce sujet.

[18] Le Conseil a aussi ordonné que « [p]our se préparer à ces négociations, la FIL devait engager, après avoir obtenu l'avis des chefs de train à ce sujet, un professionnel qui l'aiderait à concevoir et à mener une consultation visant à déterminer les intérêts des chefs de train, et à les représenter lors des nouvelles négociations sur un pied d'égalité avec les représentants de la FIL. »

[19] C'est finalement M. Martin Gregotski qui est devenu ce représentant. De nombreuses contestations ainsi que des efforts de médiation et de négociation considérables ont suivi. Ce processus, dans la mesure où il a une incidence sur les questions de redressement non résolues, est analysé ci-dessous. Il suffit de dire qu'en 2003, le Conseil a statué dans la décision 230 que, pour bon nombre des plaignants, une ordonnance qui leur accorderait des postes de mécanicien de locomotive à VIA n'était plus la solution indiquée. Le Conseil a plutôt ordonné qu'un dédommagement leur soit versé à titre de redressement. D'autres contestations ont suivi, et ce, autant devant le Conseil que les tribunaux. Les parties ont adopté des positions diamétralement opposées

quant aux principes de dédommagement qui devraient être appliqués. Par conséquent, elles n'ont pas réussi à conclure un accord consensuel.

[20] Parmi les plaignants qui n'ont pas encore été dédommagés, les parties ont choisi cinq personnes dont, selon elles, la situation soulève des questions de principe qui doivent être tranchées ou éclaircies pour que les réclamations en instance puissent être réglées. Il s'agit de MM. George Cairns, Scot Matheson, Paul Swim, Doug Dillon et Terry Wood.

[21] Bien qu'il puisse sembler simple de trancher cinq cas types, cette tâche a été assez ardue. Le présent litige a été extrêmement complexe. Les pouvoirs du Conseil sont restreints par certains principes. Malgré le fait que des questions ont été débattues, tranchées par la suite et confirmées par les tribunaux, les parties ont eu tendance à soulever ces questions de nouveau, comme si elles n'étaient pas encore réglées. Le Conseil a ordonné que les employés en cause soient « dédommagés », mais sans donner d'instructions détaillées quant aux principes qui doivent régir ce dédommagement. Par conséquent, avant de trancher les cas types, le Conseil doit établir les principes de dédommagement applicables. Il ne s'agit pas d'une tâche facile, compte tenu du flou jurisprudentiel qui existe quant à ce que devrait constituer un dédommagement relatif à la perte d'un emploi visé par une convention collective.

II – Pouvoirs statutaires

A – Les pouvoirs en matière de redressement

[22] Le *Code* confère au Conseil de vastes pouvoirs en matière de redressement. Plus précisément, le paragraphe 99(2) du *Code* prévoit ce qui suit :

99.(2) Afin d'assurer la réalisation des objectifs de la présente partie, le Conseil peut rendre, en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe (1), une ordonnance qu'il est juste de rendre en l'occurrence et obligeant l'employeur ou le syndicat à prendre des mesures qui sont de nature à remédier ou à parer aux effets de la violation néfastes à la réalisation de ces objectifs.

[23] Dans l'arrêt *Royal Oak Mines inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1996] 1 R.C.S. 369, la Cour suprême du Canada s'est prononcée sur la portée et les limites de ces pouvoirs :

[55] Il ressort du texte de la loi que le législateur a clairement conféré au Conseil canadien des relations du travail de vastes attributions en matière de réparation. Le libellé du par. 99(2) n'apporte pas de limitations précises à la compétence du Conseil. En fait, le Conseil peut, afin d'assurer la réalisation des objectifs du *Code*, rendre toute ordonnance qu'il est « juste » de rendre obligeant une partie à prendre des mesures. À mon avis, le législateur a agi ainsi pour donner au Conseil toute latitude pour tenir compte des circonstances toujours différentes des litiges très variés dans le domaine délicat des relations du travail. Les objectifs du *Code canadien du travail* comprennent le règlement positif des différends pour le bien des parties et de la population...

[56] La prescription selon laquelle l'ordonnance du Conseil doit remédier ou parer aux effets de la violation du *Code* impose comme condition que la réparation accordée par le Conseil doit avoir un lien rationnel avec la violation et ses conséquences. Cette prescription est aussi conforme au critère établi dans l'arrêt *Banque Nationale du Canada c. Union internationale des employés de commerce*, [1984] 1 R.C.S. 269, qui exigeait un rapport entre la violation, ses conséquences et la réparation. L'article 99 dispose en outre que le Conseil peut remédier aux violations qui sont néfastes à la réalisation des objectifs du *Code*. Le Conseil est donc investi du pouvoir d'accorder des réparations qui soient conformes à la politique qui sous-tend le *Code*. Par conséquent, si le Conseil accorde une réparation qui n'a pas de lien rationnel avec la violation et ses conséquences, ou qui est incompatible avec les objectifs visés par la loi, il excède sa compétence. Sa décision est alors manifestement déraisonnable.

...

[60] ... Il ne faut pas oublier que la norme du caractère manifestement déraisonnable ne donne pas au Conseil toute liberté pour imposer n'importe quelle réparation. Par exemple, si la cour de justice estimait que la réparation imposée par le Conseil n'a aucun rapport avec la violation constatée, ou qu'elle est purement punitive ou encore qu'elle est contraire aux objectifs du *Code canadien du travail*, elle pourrait à bon droit décider que l'ordonnance est manifestement déraisonnable...

...

[68] Il existe quatre cas dans lesquels une ordonnance réparatrice sera tenue pour manifestement déraisonnable : (1) lorsque la réparation est de nature punitive; (2) lorsque la réparation accordée porte atteinte à la *Charte canadienne des droits et libertés*; (3) lorsqu'il n'y a pas de lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la réparation; et (4) lorsque la réparation va à l'encontre des objectifs du *Code*...

[24] Malgré les divers redressements qui peuvent être imposés, dans certains cas – dont la présente affaire –, le dédommagement pécuniaire représente le seul redressement possible ou indiqué pour remédier à une violation du *Code*. Les dommages-intérêts, comme tout autre redressement, doivent néanmoins respecter les critères de redressement et les limites fondées sur la compétence qui ont été énoncés ci-dessus.

[25] Dans *Re Tandy Electronics Ltd. and United Steelworkers of America et al.* (1980), 115 D.L.R. (3d) 197 (autorisation d'appel devant la Cour d'appel de l'Ontario refusée le 10 mars 1980), le juge Cory, alors juge de la Cour divisionnaire de l'Ontario, s'est penché sur le pouvoir de la Commission des relations de travail de l'Ontario (la CRTO) d'accorder des dommages-intérêts en raison d'une violation de l'obligation de négocier de bonne foi. Il s'est prononcé de la sorte au sujet

de la décision de la CRTO de se hasarder à accorder des dommages-intérêts pour remédier à un affaiblissement du pouvoir de négociation causé par cette violation :

Tant que la décision du Conseil vise à indemniser et non pas à punir et tant qu'elle correspond à la portée, à l'objet et aux dispositions de la Loi, la Commission a le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts. Le simple fait que la décision d'accorder des dommages-intérêts soit inédite et que la mesure de redressement soit novatrice ne permet pas de conclure que celle-ci est déraisonnable.

...

Cette conclusion s'appuie sur des affaires semblables en matière de relations du travail où on a conclu que les dommages-intérêts constituaient un redressement approprié. Par exemple, la Cour suprême du Canada a conclu que, en l'absence de restrictions statutaires ou contractuelles, un arbitre a le pouvoir implicite d'accorder des dommages-intérêts (voir l'arrêt *Imbleau et al. v. Laskin et al.*, [1962] S.C.R. 338, 33 D.L.R. (2d) 124, s.n. *Re Polymer Corp. and Oil, Chemical & Atomic Workers Int'l Union, Local 16-14*). Il semble que le paragraphe 79(4), par son libellé très large, confère *de facto* ce pouvoir implicite à la Commission.

(pages 215 et 217; traduction)

[26] En l'espèce, il n'a aucunement été allégué que la *Charte canadienne des droits et libertés* avait été violée. L'ordonnance de redressement du Conseil doit donc être conforme aux trois autres critères de l'arrêt *Royal Oak*, à savoir :

- la mesure de redressement ne doit pas être punitive;
- il doit exister un lien rationnel entre la violation, ses conséquences et la mesure de redressement;
- la mesure de redressement ne doit pas aller à l'encontre des objectifs du *Code*.

[27] À ce stade, il est nécessaire de rappeler les diverses étapes du processus du Conseil et des contestations judiciaires dont ce processus a fait l'objet. Cela permet de cerner ce que le Conseil et les tribunaux ont dit au sujet de la violation qui doit être rectifiée et du lien entre la violation et les redressements qui sont envisagés.

III – Historique du litige

A – La demande de fusion fondée sur l'article 18 du *Code*

[28] La présente affaire porte sur les redressements possibles pour remédier à un manquement au devoir de représentation juste. Toutefois, comme le révèlent les positions des parties et les motifs de décision du Conseil, le litige tire sa source de ce qui a été fait ou n'a pas été fait au moment de la présentation de la demande de fusion des unités de négociation de VIA et après ce moment-là.

[29] L'article 18 du *Code* est ainsi libellé :

18. Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réinstruire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

[30] Dans le cadre du régime établi par le *Code*, l'une des responsabilités importantes du Conseil est de veiller à ce que chaque unité de négociation soit « habile à négocier collectivement » (voir la définition d'« unité de négociation » donnée au paragraphe 3(1) ainsi que les pouvoirs accordés au Conseil par le sous-alinéa 16p)(v) et l'article 27 du *Code*).

[31] Le Conseil s'est prononcé de la façon suivante sur cette responsabilité dans le contexte de l'affaire VIA :

... Si l'employeur met en vigueur la classification unique proposée pour tout le personnel itinérant, comme il lui est loisible de le faire et comme il l'a annoncé, il est évident que tous les employés faisant partie de cette classification auraient alors des intérêts communs pour les fins de la négociation collective, de sorte qu'ils pourraient tous logiquement faire partie de la même unité de négociation.

(*VIA Rail Canada inc. (CCRT 1206)*, précitée, pages 70; et 126-127)

[32] À ce moment-là, le Conseil s'est demandé s'il était trop tôt pour tenir un scrutin de représentation, et il a présenté les raisons motivant sa décision d'en tenir un au moment où il l'a fait. Le Conseil a fait une observation, citée ci-dessus, au sujet des négociations « difficiles et délicates » qui attendaient l'employeur et le syndicat choisi. Là encore, le Conseil a fait la remarque suivante :

... Il est important de souligner que l'employeur a reconnu qu'il devra fournir une formation importante et coûteuse – particulièrement à de nombreux chefs de train pour que ceux-ci puissent exercer les tâches de mécanicien – afin que les membres des deux groupes d'employés touchés bénéficient, dans la mesure du possible, de perspectives d'emploi comparables.

(*VIA Rail Canada inc. (CCRT 1206)*, précitée, pages 73; et 130)

[33] Avant 1999, le Conseil avait souvent eu recours au pouvoir que lui confère l'article 18 du *Code* afin de réorganiser des unités de négociation existantes et d'en fusionner lorsque l'évolution industrielle le justifiait, surtout lorsqu'une multitude d'unités de négociation causaient un dysfonctionnement. Dans le contexte de la demande de fusion des unités de négociation, le Conseil aurait pu imposer des conditions ou donner des instructions au sujet de ces questions, mais il ne l'a pas fait. De telles conditions auraient pu porter sur l'accès à une formation de mécanicien d'exploitation pour les chefs de train qui ne possédaient pas les compétences requises ou sur les principes qui devaient guider la fusion ou l'« intégration » des listes d'ancienneté. Le Conseil aurait aussi pu donner une directive claire aux parties quant à la manière dont elles devaient résoudre la question des revendications que les mécaniciens du CN possédant les compétences requises allaient pouvoir présenter à l'égard des postes de mécaniciens de VIA au fur et à mesure que ces postes allaient devoir être comblés, compte tenu de l'entente de 1987 qui permettait d'accumuler de l'ancienneté au sein des deux entreprises, un facteur qui compliquait manifestement toute approche fondée sur l'« intégration » des listes d'ancienneté.

[34] Les pouvoirs du Conseil en la matière ont fait l'objet de commentaires précis dans le rapport intitulé *Vers l'Équilibre : Code canadien du travail, Partie I, Révision*, Ottawa, Développement des ressources humaines Canada, 1995 (le rapport Sims) :

Nous allons maintenant nous pencher sur les cas où un syndicat a été accrédité pour un groupe d'employés mais où un changement survient relativement au lieu de travail ou aux propriétaires de l'entreprise. Quatre dispositions précises peuvent intervenir ici :

- l'article 18, lorsqu'il est invoqué pour réviser la structure d'unités de négociation, en particulier lorsqu'une multitude d'unités est impliquée;
- l'article 35, qui permet au Conseil de déclarer que plusieurs employeurs constituent un employeur unique;
- Les articles 44 à 46, qui traitent de la vente d'entreprise;
- L'article 47, qui traite du passage d'un service de l'administration publique fédérale aux sociétés d'État.

Révision des unités de négociation

Les unités de négociation sont des entités dont la taille augmente et diminue avec l'entreprise. Il arrive souvent, chez les grands employeurs d'envergure nationale, que plusieurs syndicats représentent différents segments des effectifs de l'employeur. Ces unités deviennent parfois dysfonctionnelles, en raison de la façon dont la classification des emplois est établie, ou simplement parce qu'elles sont trop nombreuses.

Le Conseil a déjà eu recours au pouvoir général que lui confère l'article 18 pour modifier ses propres décisions en vue de réorganiser des unités de négociation et parfois de réduire le nombre d'unités, donc de syndicats.

(pages 74-75)

[35] Le rapport Sims a traité expressément de la question difficile de l'intégration des listes d'ancienneté lorsque des unités de négociation sont fusionnées. Il a proposé une modification législative précise visant à clarifier et à codifier la pratique du CCRT à cet égard :

Ordonnances corrélatives

Lorsque le Conseil décide de fusionner ou de restructurer des unités de négociation, un certain nombre de mesures connexes doivent être prises. Parfois, si deux unités sont fusionnées, les employés doivent choisir, parmi les syndicats en place, celui qui les représentera dorénavant comme agent négociateur, il arrive même que deux syndicats décident de fusionner. En outre, certains arrangements doivent être pris au sujet de questions complexes comme les listes d'ancienneté et les régimes de retraite. Au départ, ce sont les parties qui doivent régler ces questions, dans le cadre de discussions ou de négociations. Toutefois, le Conseil doit être habilité à trancher toute question sur laquelle les parties ne parviennent pas à s'entendre.

RECOMMANDATIONS :

Qu'une nouvelle disposition soit ajoutée dans le Code afin de permettre au Conseil de réviser la structure des unités de négociation. Cette disposition devrait stipuler que :

- les demandes doivent être présentées par un employeur ou un syndicat;
- si possible, les parties doivent être encouragées à régler les questions dont est saisi le Conseil, dans la mesure où celui-ci est convaincu que les solutions proposées permettent d'établir des unités habiles à négocier collectivement;
- les demandeurs doivent convaincre le Conseil des problèmes que pose la structure actuelle des unités de négociation et de l'incapacité de ces derniers à négocier collectivement;
- le Conseil peut rendre des ordonnances provisoires pour faciliter la révision ainsi que pour assurer la poursuite de la négociation collective et l'application de la convention pendant le processus;
- le Conseil est habilité à rendre les ordonnances corrélatives nécessaires pour rétablir des négociations collectives efficaces et permettre l'application de la convention.

(le rapport Sims, page 77-78; c'est nous qui soulignons)

[36] Par la suite, le législateur a rajouté l'article 18.1 au *Code*, dont le passage pertinent est ainsi rédigé :

18.1(1) Sur demande de l'employeur ou d'un agent négociateur, le Conseil peut réviser la structure des unités de négociation s'il est convaincu que les unités ne sont plus habiles à négocier collectivement.

(2) Dans le cas où, en vertu du paragraphe (1) ou des articles 35 ou 45, le Conseil révisé la structure des unités de négociation :

a) il donne aux parties la possibilité de s'entendre, dans le délai qu'il juge raisonnable, sur la détermination des unités de négociation et le règlement des questions liées à la révision;

b) il peut rendre les ordonnances qu'il juge indiquées pour mettre en oeuvre l'entente.

(3) Si le Conseil est d'avis que l'entente conclue par les parties ne permet pas d'établir des unités habiles à négocier collectivement ou si certaines questions ne sont pas réglées avant l'expiration du délai qu'il juge raisonnable, il lui appartient de trancher toute question en suspens et de rendre les ordonnances qu'il estime indiquées dans les circonstances.

(4) Pour l'application du paragraphe (3), le Conseil peut :

a) déterminer quel syndicat sera l'agent négociateur des employés de chacune des unités de négociation définies à l'issue de la révision;

b) modifier l'ordonnance d'accréditation ou la description d'une unité de négociation dans une convention collective;

c) si plusieurs conventions collectives s'appliquent aux employés d'une unité de négociation, déterminer laquelle reste en vigueur;

d) apporter les modifications qu'il estime nécessaires aux dispositions de la convention collective qui portent sur la date d'expiration ou les droits d'ancienneté ou à toute autre disposition de même nature.

[37] L'importance de ce commentaire et de l'article 18.1 du *Code* n'est pas qu'ils ont été appliqués à la présente affaire, car ils ne l'ont pas été. Il s'agit plutôt du fait que, au Canada, le principe du droit à la libre négociation collective est fondé sur le concept de l'« unité de négociation » jugée « habile à négocier collectivement » par une commission des relations du travail. On peut comparer les unités de négociation aux circonscriptions électorales, dont la portée et les frontières doivent être modifiées au fil du temps pour répondre aux changements. Cette évolution est nécessaire autant pour favoriser la représentation syndicale réelle que l'efficacité industrielle. Il est établi depuis longtemps que, lorsque des unités de négociation sont modifiées ou fusionnées, des éléments fondamentaux comme l'ancienneté doivent subir des rajustements « ponctuels » pour rendre les unités réorganisées viables, et qu'une approche où « tout va au vainqueur » est incompatible avec les objectifs fondamentaux du *Code*. (Voir les explications plus détaillées du Conseil dans la décision 230, aux paragraphes 114 à 123 et, surtout, au paragraphe 18.)

[38] La pertinence de ces éléments à l'égard de la présente affaire découle du fait que l'obligation qu'ont les parties de régler équitablement de telles questions et le pouvoir des commissions des relations du travail d'imposer des redressements aux deux parties si elles manquent à cette obligation ne sont pas intrinsèquement contraires aux principes fondamentaux du *Code*. Au contraire, il s'agit d'une caractéristique essentielle d'un système dont la structure de base repose sur des « unités de négociation qui sont habiles à négocier collectivement ». Ce concept comprend l'exigence que les employés aient une communauté d'intérêts suffisante pour rendre l'unité viable. Cette communauté d'intérêts est difficile à obtenir si une unité réunit deux groupes qui ont des visées inconciliables en matière d'ancienneté en raison d'une réorganisation ou d'une fusion autorisée par le Conseil.

[39] Comme le montrent clairement ses observations dans la décision portant sur l'article 18, le Conseil estimait que VIA et le syndicat choisi pouvaient régler ensemble ces questions et il s'attendait à ce qu'ils le fassent, surtout en raison de l'intention – apparente et expresse – de VIA d'offrir de la formation aux chefs de train. De plus, à ce moment-là, VIA avait invoqué les dispositions relatives aux « modifications importantes » prévues dans les conventions collectives qui la liait au TUT et à la FIL. Cela signifiait que, si les parties n'arrivaient pas à s'entendre sur les mises à pied et les questions afférentes d'ancienneté et d'indemnité de départ, ces volets du litige seraient tranchés par un arbitre. Ainsi, à cette époque, il ne semblait pas nécessaire que le Conseil rende des ordonnances corrélatives dans le contexte du processus de fusion régi par l'article 18 du *Code*.

[40] La suite des événements a été décrite dans la décision 35. La FIL a remporté le scrutin de représentation en raison de la majorité de ses anciens membres au sein de l'unité de négociation élargie. Il y avait eu de l'animosité antérieurement entre la FIL et le TUT au sujet de la question de la « loco-commande » qui avait fait que du travail avait été transféré de membres de la FIL à des membres du TUT. VIA était impatiente de mettre en œuvre le projet ENSV et elle a tenté, vainement, de le faire unilatéralement. Par conséquent, les questions de formation, d'ancienneté et de droit de retour au CN (qui sont décrites ci-dessous) se sont retrouvées sur la table de négociation. Au final, cela signifiait que ces questions pouvaient être réglées au moyen du pouvoir de négociation, d'une grève ou d'un lock-out, mais aussi qu'elles ne pouvaient plus être tranchées par l'entremise du processus d'arbitrage prévu par les dispositions sur les « modifications importantes » des anciennes conventions collectives.

[41] Comme le Conseil l'a expliqué en détail dans la décision 35, la FIL, désormais l'agent négociateur de tous les employés faisant partie du personnel itinérant de VIA, a négocié l'ECÉ – ou a accédé aux propositions de VIA, selon le point de vue adopté –, entente qui, selon le groupe Cairns, favorisait un seul groupe et était injuste envers les chefs de train. En résumé, les plaintes du groupe Cairns consistaient à dire que l'ECÉ offrait des occasions de formation insuffisantes aux chefs de train de VIA, que, même s'ils étaient formés, ils auraient été inscrits en bas de la liste d'ancienneté, après tous les mécaniciens de locomotive de la FIL – autant ceux employés par VIA que par le CN – et que l'ECÉ présumait l'existence de certains droits de retour au CN qui n'étaient pas protégés adéquatement. De plus, comme le processus d'arbitrage relatif aux modifications importantes n'allait plus être utilisé, les anciens chefs de train du TUT étaient privés de la possibilité de voir un tiers impartial se prononcer sur leurs droits de retour et ont dû se contenter des protections prétendument inférieures en matière d'indemnité de départ et de retraite anticipée négociées par la FIL et VIA dans le cadre de l'ECÉ.

B – Le droit de retour au CN

[42] À cette étape, il est nécessaire d'expliquer les ententes de retour ou de transfert conclues par VIA et le CN. Les détails sont exposés aux paragraphes 84 à 95 de la décision 35. Ces ententes remontent à l'époque où le CN fournissait le personnel itinérant de VIA et où il existait deux unités de négociation de personnel itinérant au lieu d'une seule. Le Conseil a expliqué les faits de la façon suivante aux paragraphes 86 à 88 :

[86] Quand VIA a décidé en 1987 que ses propres employés feraient fonctionner ses trains, les syndicats ont pris des mesures afin de protéger le service antérieur des employés de VIA passant du CN à VIA, ce qui leur permettait de conserver leur ancienneté et les autres avantages liés au service antérieur au CN; en outre, ils ont conservé le droit de retourner au CN tout en pouvant se faire créditer toute leur ancienneté et le service passé chez VIA dans certaines circonstances.

[87] Par conséquent, l'entente spéciale négociée entre le CN et le TUT, qui fait l'objet de la présente plainte, prévoit ce qu'il est convenu d'appeler des droits « de retour » pour les employés transférés du CN chez VIA, ce qui leur permet tout transfert entre le CN et VIA. Ces droits comprennent le maintien d'un emploi au CN, à l'intérieur ou à l'extérieur de la même unité de négociation, le transfert d'indemnités de retraite, de droits à des avantages sociaux et à des congés annuels, la formation, les droits à la réinstallation, le maintien des gains, les programmes d'incitation au départ, les dédommagements pour mise à pied et indemnités de départ, et ainsi de suite.

[88] Parallèlement à l'entente spéciale entre le TUT, VIA et le CN, une entente presque identique a été signée entre la FIL, VIA et le CN en vue d'atténuer les effets défavorables sur les mécaniciens de locomotives.

(décision 35)

[43] Ces droits de retour jouent un rôle important dans le présent litige et ils influencent la question des redressements pour diverses raisons. Premièrement, ces droits divisent en deux camps les chefs de train qui faisaient partie de l'unité de VIA représentée par le TUT et qui font partie du groupe Cairns : d'une part, il y a ceux qui ont peut-être le droit de retourner au CN parce qu'ils y ont déjà travaillé et, d'autre part, les employés « à part entière » de VIA, qui ont été embauchés directement par VIA comme chefs de train et qui n'ont donc aucun droit de retour.

[44] Deuxièmement, bien que l'on ait pu d'abord présumer que le CN allait accepter le retour des chefs de train de VIA qui allaient être licenciés, le CN a plutôt contesté vigoureusement cette question, qui n'était pas encore résolue lorsque le Conseil a rendu la décision 35. Le Conseil a fait l'observation suivante au paragraphe 95 de la décision 35 :

[95] À la date à laquelle la présente audience a eu lieu, la question n'avait toujours pas été réglée. En vérité, le CN s'oppose avec véhémence à l'applicabilité de l'entente spéciale au genre de réduction de personnel effectuée par VIA par suite de l'avis de modifications importantes du 7 mars 1997. De fait, toute la question des droits de retour est actuellement devant un arbitre et est entendue en même temps que la présente affaire.

[45] Troisièmement, en attendant la résolution de la question des droits de retour au CN, VIA s'est entendue avec la FIL, par un addenda à l'ECÉ, pour fournir une indemnisation provisoire aux employés qui auraient par ailleurs pu retourner au CN. Le Conseil s'est exprimé de la sorte dans la décision 35 :

[91] ... VIA a convenu de protéger la rémunération hebdomadaire de base ou le maintien du traitement des employés qui avaient choisi de retourner chez VIA, d'offrir une protection complète des avantages et de permettre aux employés d'accumuler de l'ancienneté à des fins de retraite en attendant leur retour au CN. Selon la preuve fournie au Conseil en mai 1999, quelque 96 anciens chefs de train étaient touchés par le refus des droits de retour au CN.

[46] Ainsi, les pertes de revenu qu'auraient pu subir les personnes qui pouvaient et qui avaient choisi de retourner au CN ont d'abord été absorbées par VIA.

[47] Quatrièmement, l'entente de retour s'appliquait dans les deux sens. Cela a causé une distorsion considérable quant aux questions d'ancienneté parmi les employés de VIA. VIA aurait pu former les anciens chefs de train admissibles, puis les réunir avec les anciens mécaniciens d'exploitation (de locomotive) de la FIL, en dressant la liste d'ancienneté en fonction des dates d'embauche respectives de ces employés ou d'un autre critère semblable. C'est ce que l'on appelle l'« intégration » des listes d'ancienneté. Cependant, si VIA avait choisi cette solution, bon nombre des chefs de train fraîchement formés auraient non seulement eu un rang d'ancienneté supérieur aux anciens mécaniciens de locomotive de la FIL, mais aussi à tous les mécaniciens de locomotive du CN ayant davantage d'ancienneté et détenant un droit de transfert à VIA, dont plusieurs auraient pu espérer obtenir des postes à VIA en raison de l'ancienneté accumulée au CN. Un témoin de la FIL, M. Hallé, a fourni une explication qui a été reproduite au paragraphe 38 de la décision 35 :

[38] ... il était impossible d'intégrer les listes des mécaniciens de locomotives et les listes des chefs de train, car cela aurait eu pour effet de faire passer un chef de train fraîchement qualifié devant des mécaniciens de locomotives déjà qualifiés sur la liste d'ancienneté. En outre, cette initiative aurait un effet défavorable sur les 1 500 mécaniciens de locomotives du CN qui avaient le droit de retourner chez VIA par le truchement du processus de postulation...

(Voir aussi les explications au sujet de la période de suspension connexe, aux paragraphes 38 et 39 de la décision 35.)

[48] Le fait que les mécaniciens de locomotive du CN avaient aussi des allégeances envers la FIL n'a pas échappé au Conseil. Selon le Conseil, ils constituaient manifestement une force politique qui guidait certaines des décisions de la FIL relativement à l'unité de négociation fusionnée de VIA.

[49] Cinquièmement, si, comme il l'avait déjà été envisagé, les chefs de train déplacés par VIA qui retournaient au CN pouvaient ensuite être formés et obtenir des postes de mécanicien d'exploitation à VIA, les activités du CN auraient été perturbées, car le CN aurait alors été forcé de pourvoir les postes devenus vacants au sein de son propre effectif.

C – La décision 35

[50] Pour les motifs exposés dans la décision 35, le Conseil a conclu que la FIL avait enfreint l'article 37 du *Code*, qui impose aux syndicats un devoir de représentation juste. Les redressements suivants ont été ordonnés dans cette décision-là :

[130] Par conséquent, le Conseil ordonne ce qui suit.

1. VIA et la FIL doivent négocier à nouveau l'entente sur la composition des équipes concernant les questions suivantes :

- a. le processus de sélection pour les chefs de train et les chefs de train adjoints;
- b. les dispositions sur l'ancienneté, dans la mesure où elles touchent les chefs de train et les chefs de train adjoints qui possèdent les compétences requises comme mécaniciens de locomotives;
- c. l'application de l'entente spéciale négociée entre le TUT, VIA et le CN;

et toute autre question connexe jugée appropriée par les parties en vue de protéger les intérêts et de répondre aux besoins du groupe des anciens chefs de train et chefs de train adjoints. Les parties doivent conclure les négociations de ces modifications au plus tard le 15 décembre 1999.

2. La FIL concevra et tiendra un processus consultatif interne afin d'établir ces intérêts et ces besoins et recrutera un spécialiste compétent pour aider les chefs de train et les chefs de train adjoints dans ce processus.

3. Le choix de ce spécialiste doit être effectué de concert avec les chefs de train et les chefs de train adjoints.

4. La FIL doit supporter, sans avoir à prélever d'autres cotisations syndicales, le coût des services de ce spécialiste.

5. Le spécialiste retenu représentera les chefs de train et les chefs de train adjoints aux fins des nouvelles négociations de l'entente sur la composition des équipes, tel qu'il a été prévu précédemment, et aura voix au chapitre au même titre que les représentants de la FIL pour ce qui est de conclure une entente.

6. La FIL assumera les honoraires de l'avocat des plaignants suivant le tarif applicable entre procureur et client, pour ce qui est de la procédure en l'instance.

[131] Le Conseil se réserve le droit de se ressaisir de certaines questions concernant les redressements ordonnés si les parties sont incapables de les régler.

[51] L'approche en matière de redressement choisie à ce moment-là consistait à annuler l'ECÉ et à ordonner qu'une nouvelle entente soit négociée. De toute évidence, l'objectif était de voir les parties (VIA et la FIL), grâce à l'influence de M. Gregotski pour le compte des chefs de train minoritaires, remplacer une partie de la première convention collective conclue par VIA et la FIL pour le groupe fusionné par une entente semblable à l'ECÉ, mais qui tiendrait davantage compte des intérêts fondamentaux des anciens chefs de train.

[52] En arrivant à ses conclusions et en élaborant ses redressements initiaux, le Conseil a fait des constatations et des commentaires qui sont encore pertinents aujourd'hui à l'égard de l'ampleur de la violation et de la façon d'y remédier. Le Conseil a rejeté plusieurs des allégations mises de l'avant, mais il en a retenu trois :

[123] Compte tenu de ces considérations, le Conseil maintient trois des allégations :

1. le processus de sélection pour les chefs de train et les chefs de train adjoints;
2. les dispositions sur l'ancienneté, dans la mesure où elles touchent les chefs de train et les chefs de train adjoints qui possèdent les compétences requises comme mécaniciens de locomotives; et
3. l'application de l'entente spéciale négociée entre le TUT, VIA et le CN.

(décision 35)

[53] Ces trois allégations, et les explications subséquentes, définissent la violation initiale.

[54] Le Conseil a expliqué ses préoccupations relativement au processus de sélection aux paragraphes 70 à 80 de la décision 35. Le Conseil est arrivé aux conclusions suivantes aux paragraphes 79 et 80 :

[79] ... conclure de façon presque certaine que l'accès à la formation en vue d'acquérir les compétences requises comme mécanicien de locomotive constituait un facteur primordial pour autoriser les chefs de train et les chefs de train adjoints à poursuivre leur travail. Sans formation, ils n'avaient pas d'autre option que de quitter leur emploi chez VIA en se prévalant de l'une des indemnités de retraite ou de cessation d'emploi ou de retourner au CN (plus de détails plus loin).

[80] M. Hallé a expliqué qu'il était convaincu que VIA disposerait d'un processus de sélection car, d'après lui et selon son expérience, ce ne sont pas toutes les personnes qui peuvent suivre la formation de mécanicien de locomotive. C'est ce qu'aurait dû comprendre toute personne possédant de l'expérience dans le secteur ferroviaire. Cette explication ne reflète pas les arguments antérieurs présentés aux membres visés.

(décision 35)

[55] Les préoccupations du Conseil quant au rang d'ancienneté que devaient recevoir les chefs de train ayant nouvellement acquis les compétences requises ont été abordées aux paragraphes 81 à 83 de la décision 35. Plus précisément, les observations mises de l'avant par le Conseil aux paragraphes 81 et 82 sont encore aujourd'hui très pertinentes à l'égard de la question des redressements, ou, du moins, de celle de la répartition des redressements, parce qu'elles expliquent les positions différentes prises par VIA et la FIL au sujet de l'« intégration » des listes d'ancienneté :

[81] ... Trois points ont été soulevés lors de la présentation de la preuve. Premièrement, la déclaration non contredite de M. Scarrow selon laquelle VIA a dit à la FIL au cours des négociations que si le syndicat ne parvenait pas à conclure une entente au sujet de la composition des équipes, il pourrait mettre en oeuvre unilatéralement une liste d'ancienneté intégrée et il le ferait. Deuxièmement, M. Hallé croit qu'il serait illégal de modifier les listes d'ancienneté de VIA en raison des dispositions de l'entente spéciale

concernant les droits de retour. Troisièmement, M. Hallé craint que, en acceptant une liste intégrée, les droits de quelque 1 500 employés du CN possédant des droits de transfert chez VIA seraient touchés.

[82] Ces points soulèvent plusieurs questions qui demeurent sans réponse. Pourquoi M. Hallé n'a-t-il pas examiné plus en profondeur le fondement de l'opinion de VIA selon laquelle sa position juridique favorisait l'intégration des listes et pourquoi ne s'est-il pas renseigné au sujet des autres options possibles? Pourquoi la FIL ne s'est-elle pas prévaluée d'autres expertises sur les effets et les conséquences de l'entente spéciale? Pourquoi M. Hallé a-t-il choisi de protéger les droits des employés du CN au détriment de ceux des chefs de train et des chefs de train adjoints au nom desquels la FIL négociait?

(décision 35)

[56] Toutefois, au paragraphe 126, le Conseil a aussi dit que, en incluant dans l'ECÉ une disposition sur l'ancienneté « à la baisse » pour tout chef de train nouvellement formé, VIA avait collaboré de façon indue à la conclusion d'un accord qui désavantageait les chefs de train minoritaires. Le Conseil s'est exprimé de la sorte au paragraphe 127 :

[127] ... En proposant un retour au bas de la liste d'ancienneté pour les chefs de train et les chefs de train adjoints, il était conscient qu'il jouait le jeu de la FIL, et surtout parce que sa position initiale consistait à mettre en oeuvre une liste d'ancienneté intégrée. L'employeur maximisait également les effets de la sentence arbitrale en sa faveur en ce qui a trait au libellé de la clause concernant le processus de sélection pour former une partie de l'entente proposée. Il s'ensuit que l'employeur savait également ou qu'il aurait dû savoir que, en retenant des clauses qui restreignaient l'avancement des chefs de train et des chefs de train adjoints tout en offrant assez d'avantages aux mécaniciens de locomotives, l'entente proposée sur la composition des équipes obtiendrait vraisemblablement un vote de ratification positif...

[57] Les conclusions du Conseil quant à l'incertitude entourant l'accord de retour avec le CN sont énoncées aux paragraphes 84 et 95 de la décision 35. Le Conseil a exprimé ses préoccupations en la matière plus précisément au paragraphe 116 :

[116] La présente procédure a fait ressortir que la FIL s'est montrée insouciance en disant aux chefs de train et aux chefs de train adjoints qu'ils pourraient retourner à des postes semblables au CN sans s'assurer au préalable de l'existence de ces droits...

...

[127] L'employeur était bien au courant du désaccord avec le CN quant aux droits de retour des anciens employés du CN et du fait que ce différend ne serait pas réglé sous peu...

[128] À son crédit, l'employeur a accepté de continuer à payer les employés qui avaient fait leur choix ou que l'employeur avait choisis jusqu'à ce que la question soit tranchée avec le CN. Cependant, le pari demeure. Si le CN parvient à empêcher le retour par suite de l'entente sur la composition des équipes, les employés qui s'appuyaient sur cette disposition, bien qu'ils aient été formés, ne pourront plus présenter leur candidature à des postes chez VIA en raison de leur rang d'ancienneté inférieur.

(décision 35)

[58] Par ailleurs, le Conseil a rejeté la proposition de rouvrir son processus de réexamen antérieur fondé sur l'article 18 du *Code* (qui portait sur la demande de fusion des unités de négociation) :

[125] Le Conseil a établi clairement à l'audience qu'il n'avait pas l'intention d'instruire l'affaire de nouveau ou d'ordonner un nouveau scrutin de représentation...

(décision 35)

[59] Dans une certaine mesure, la controverse portant sur la violation et les redressements – surtout en ce qui a trait à VIA – aurait pris fin si les redressements ordonnés par le Conseil avaient eu un lien plus étroit avec l'accréditation d'une unité fusionnée à VIA et la délivrance d'un certificat d'accréditation à la FIL. En effet, contrairement au devoir de représentation juste, lequel impose des obligations au syndicat, la demande fondée sur l'article 18 du *Code* vise sans conteste les deux parties et permet d'imposer des conditions à chacune d'entre elles.

[60] Néanmoins, le Conseil a conclu expressément qu'il était indiqué d'accorder un redressement qui imposerait non seulement des obligations à la FIL, à titre d'intimée, mais aussi à VIA, à titre d'intervenante et de partie à la négociation collective. Le Conseil s'est prononcé de la sorte à cet égard :

[124] Toutefois, le Conseil n'est pas convaincu que l'intimée est la seule partie responsable. Quand la présente affaire a été entendue pour la première fois, c'est-à-dire lors du dépôt d'une demande fondée sur l'article 18 en vue de réviser l'accréditation d'une seule unité de négociation, l'employeur a soutenu que tous les employés de l'unité de négociation fusionnée seraient traités également et auraient le même accès aux postes offerts au sein de l'unité de négociation. C'est en partie sur cet argument que le Conseil s'est fondé pour ordonner le scrutin de représentation et délivrer le nouveau certificat.

[125] ... le syndicat n'a pas initié le processus de modifications importantes, et l'entente sur la réduction d'équipes constituait un contrat qui représentait essentiellement une offre unilatérale de la part de l'employeur. Cela est évident à la fois du point de vue de la décision unilatérale de l'employeur de mettre en oeuvre l'initiative relative à la composition des équipes le 26 avril 1998 et de la version définitive de l'entente sur la composition des équipes datée du 12 juillet 1998, eu égard au processus de sélection, aux dispositions sur l'ancienneté qui s'appliquent aux chefs de train et aux chefs de train adjoints, et à l'application de l'entente spéciale négociée entre le TUT, VIA et le CN. Les clauses sont, à toutes fins pratiques, identiques.

[126] Ce dénouement révèle une collaboration inappropriée entre l'employeur et le syndicat intimé pour obtenir un résultat voulu aux dépens des droits de la minorité, soit le groupe d'employés les plus touchés. Le Conseil estime qu'une telle collaboration ne convient pas et est contraire au paragraphe 94(1) et à l'esprit du *Code*, qui interdit de telles pratiques.

...

[129] Ces facteurs nous amènent à la question de redressement. À cet égard, il est impossible de reculer les pendules ou de mettre les plaignants dans la situation dans laquelle ils se seraient trouvés n'eût été de la mise en oeuvre de l'entente sur la composition des équipes. Le Conseil conclut également que, même si le syndicat doit subir les conséquences de ses gestes, le redressement doit toucher à la fois le syndicat et l'employeur, car ils ont pris part également à l'entente sur la composition des équipes et à ses effets sur les plaignants.

(décision 35)

[61] La décision 35 est controversée pour deux raisons. D'abord, le Conseil a appliqué le devoir de représentation juste qu'ont les syndicats à la conduite du syndicat lors de la négociation d'une convention collective, et non pas seulement à la manière dont le syndicat avait représenté les employés de son unité de négociation dans l'exercice des droits reconnus à ceux-ci par la convention collective. Au paragraphe 107 de la décision 35, le Conseil a décrit la portée du devoir de représentation juste de la manière suivante :

[107] Le devoir de représentation juste peut également être évalué au moyen d'un test à trois volets. Le syndicat a-t-il rempli son rôle institutionnel en représentant tous ses membres? Les droits des employés sous le régime de la négociation collective ont-ils été bien protégés? Les intérêts cruciaux liés à l'emploi, comme l'ancienneté, la discipline et la sécurité d'emploi, ont-ils été considérés dans le processus de négociation collective?

[62] Ensuite, comme il l'a été souligné ci-dessus, le Conseil a conclu que, même s'il n'y avait eu aucune plainte initiale ou directe à l'encontre de VIA, cette dernière était complice des négociations qui avaient porté préjudice au groupe Cairns. Selon le Conseil, cette complicité justifiait que VIA soit visée par l'ordonnance de redressement.

[63] Le Conseil s'attendait à ce que son ordonnance de redressement mène à la négociation d'une nouvelle ECÉ plus équilibrée. Cependant, comme il l'a ensuite souligné avec ironie dans la décision 230 :

[8] Nul ne pouvait prévoir que cette décision allait déclencher une avalanche de procédures.

[64] Il convient maintenant d'analyser ces procédures dans la mesure où elles ont trait aux trois questions fondamentales en matière de redressement : la nature et l'ampleur de la violation, le lien entre le redressement et la violation, et la promotion des objectifs du *Code*.

D – Le réexamen de la décision 35 par le Conseil

[65] On a demandé au Conseil de réexaminer la décision 35. La Cour d'appel fédérale a donné un court résumé satisfaisant du résultat de ce processus :

[21] En ce qui concerne la deuxième question, le Conseil a entrepris un examen approfondi de la façon dont lui et l'organisme qui l'a précédé, le CCRT, avaient interprété l'article 37. Il a rejeté l'opinion selon laquelle le libellé de la disposition l'empêchait d'examiner les questions découlant des négociations relatives à une convention collective. Compte tenu des circonstances de l'affaire dont il était saisi et de la conclusion quant au maintien en vigueur de l'essentiel des droits énoncés dans les conventions collectives antérieures (et expirées) en raison de l'article 50 du *Code*, le Conseil a statué qu'il ne serait pas raisonnable d'interpréter l'article 37 de façon à empêcher toute enquête concernant la cessation des droits en cause par la négociation d'une nouvelle convention.

[22] Le Conseil a décidé que la preuve appuyait la conclusion de la formation initiale selon laquelle la FIL ne s'était pas conformée à son devoir de représentation juste et que la réparation avait un lien rationnel avec le manquement et était compatible avec les objectifs de politique du texte de loi.

(VIA Rail Canada inc. c. Cairns, précité)

[66] Le banc de révision a accepté de permettre à la FIL et à VIA de comparaître de nouveau devant le vice-président qui avait initialement instruit l'affaire, et ce, afin de présenter des éléments de preuve supplémentaires. Cela a été fait, mais le résultat est resté le même.

E – Le premier contrôle judiciaire de la Cour d'appel fédérale

[67] VIA et la FIL ont contesté les trois décisions du Conseil. La Cour d'appel fédérale a d'abord suspendu l'application de l'ordonnance de redressement initiale. C'est seulement lorsque la Cour a confirmé les décisions du Conseil dans son arrêt du 2 mai 2001 qu'elle a levé cette suspension. La Cour d'appel fédérale a entamé ses motifs en décrivant les deux questions controversées mentionnées ci-dessus :

[1] Les trois présentes demandes de contrôle judiciaire connexes déposées à l'égard de certaines décisions du Conseil canadien des relations industrielles (CCRI) soulèvent deux importantes questions : le devoir de représentation juste dont un syndicat est redevable à l'endroit de ses membres s'impose-t-il à sa conduite relative à la négociation collective après l'expiration d'une convention collective précédente et, dans l'affirmative, le Conseil dispose-t-il de pouvoirs de réparation suffisamment larges pour contraindre un syndicat et un employeur à rouvrir certains aspects de la convention conclue lorsque le syndicat a commis un manquement à ce devoir?...

(VIA Rail Canada inc. c. Cairns, précité)

[68] La Cour a commencé par faire une analyse de la norme de contrôle applicable (voir l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982), laquelle, selon les règles qui s'appliquaient alors, devait être la norme la moins sévère, à savoir celle de n'intervenir qu'en cas de décision manifestement déraisonnable. Pour la première question, la Cour a examiné attentivement le raisonnement présenté par le Conseil dans sa décision rendue au terme du réexamen (voir *George Cairns*, 2000 CCRI 70), où il avait adopté une interprétation large de l'article 37 du *Code*. La Cour a souligné que l'interprétation du banc de révision tenait compte des valeurs enchâssées dans le *Code* :

[49] ... Dans bien des cas, il arrive que la protection du processus de négociation soit la valeur déterminante. Mais ce n'est pas la seule valeur dans le *Code*, et le libellé de l'article 37 doit être interprété en conjugaison avec les autres dispositions applicables, telles qu'elles sont comprises dans le contexte des relations industrielles...

[50] ... Dans *VIA Rail Canada inc.* [(1998), 107 di 92] le CCRT a fait remarquer que même si la convention collective était techniquement expirée, elle demeurerait essentiellement en vigueur aux termes des dispositions du *Code* relatives au gel des conditions de travail, jusqu'à ce que les questions qui sont actuellement en litige aient été résolues par voie de négociation. Il est très peu probable, dans ces circonstances, et dans le contexte des autres dispositions législatives pertinentes, dont l'article 50 du *Code*, que la préoccupation du Conseil au sujet des négociations ultérieures en vient à être raisonnablement interprétée comme une préoccupation au sujet de la négociation d'une convention collective ne relevant pas de sa compétence. En outre, compte tenu de la preuve dont dispose le banc de révision, on ne peut conclure que les négociations prévues ont bel et bien eu lieu. Pour ce seul motif, cet aspect de la demande de réexamen devrait être rejeté.

Toutefois, le banc de révision est également d'avis que la décision du banc initial est conforme à l'interprétation acceptée de l'article 37 du *Code*. À l'heure actuelle, les relations de travail dans les secteurs d'activités fédéraux au Canada sont généralement fondées sur l'assurance que les droits conférés par les conventions collectives applicables sont des droits permanents. La notion que les droits d'ancienneté, les conditions de travail essentielles, le droit à l'emploi et les autres droits dont les employés minoritaires jouissent déjà aux termes d'une convention collective puissent être annulés de façon arbitraire et irréfutable par la signature d'une convention collective ayant obtenu l'appui d'une faible majorité et que toute enquête menée par le présent Conseil pour déterminer si le processus était équitable soit interdite par le libellé de l'article 37 nous semble incompatible avec une interprétation raisonnable de cet article du *Code* compte tenu de l'intention du législateur, comme il est indiqué dans les précédents susmentionnés...

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns*, précité)

[69] La Cour a conclu que cette interprétation n'était pas manifestement déraisonnable. Ce faisant, elle s'est penchée directement sur l'argument selon lequel l'article 37 du *Code* vise l'application des conventions collectives, mais pas leur négociation. Elle a examiné les diverses décisions du Conseil sur la question aux paragraphes 44 à 50 de son arrêt, puis elle a formulé la question cruciale au paragraphe 53 :

[53] À mon avis, le devoir de représentation juste s'applique indéniablement à l'administration des questions faisant l'objet du gel. La question est de savoir si ce devoir peut s'étendre à la conduite du syndicat au cours de la négociation collective qui a lieu pendant la période du gel.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns*, précité)

[70] Au paragraphe 54 de son arrêt, la Cour a conclu que l'application du devoir de représentation juste de façon à interdire d'agir de « manière arbitraire, discriminatoire ou empreinte de mauvaise foi » lors de la négociation visant des droits existants n'allait pas à l'encontre du principe des libres négociations collectives. Au paragraphe 55, elle est allée plus loin en concluant que l'interprétation selon laquelle le devoir de représentation juste s'appliquerait pendant la période de gel, mais pas après l'impasse « serait irrationnelle et absurde ».

[71] La Cour a ensuite analysé le redressement initial accordé par le Conseil et s'est demandée s'il empiétait sur le principe des libres négociations collectives en fonction du critère de l'arrêt *Royal Oak Mines inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, mentionné ci-dessus. Elle a conclu que le redressement ordonné par le Conseil, dans sa forme d'alors, c'est-à-dire la renégociation, respectait ce principe :

[59] ... Le Conseil a conclu que la FIL n'avait pas représenté les chefs de train de façon juste relativement à trois aspects explicitement traités dans l'ECCÉ. Ce n'est qu'à l'égard de ces aspects que de nouvelles négociations ont été ordonnées. Le Conseil a statué que les manquements du syndicat découlaient de son omission de déterminer et de tenir compte des intérêts des chefs de train au cours des négociations relatives à l'ECCÉ. Il a ordonné à la FIL de concevoir un processus de consultation avec les chefs de train et de retenir les services d'un professionnel qui pourrait s'exprimer en leur nom sur un pied d'égalité avec le représentant des mécaniciens de locomotive au cours des négociations. Ces mesures constituaient des réactions rationnelles et proportionnelles aux contraventions commises par la FIL.

[60] Je ne puis concevoir de réparation qui conviendrait davantage et ni VIA non plus que la FIL n'ont pu en proposer. Il est vrai que l'ordonnance aura des répercussions pour VIA, même si celle-ci n'a été reconnue coupable d'aucune contravention au *Code*. Cependant, ces répercussions constituent un résultat nécessaire et inévitable de la conclusion défavorable à laquelle le Conseil en est arrivé en ce qui concerne la FIL. L'employeur a été ajouté comme partie à la plainte initiale et autorisé à formuler des observations devant le Conseil en raison, du moins en partie, de la reconnaissance des répercussions que l'ordonnance pourrait avoir sur ses intérêts.

[61] ... À mon avis, l'ordonnance qui résulte de cet examen est tout à fait compatible avec l'un des objets du *Code*, soit l'équilibre entre la promotion des négociations collectives libres et la protection des employés représentés par un agent négociateur.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns*, précité)

[72] La Cour suprême du Canada a refusé la demande d'autorisation d'appel à l'égard de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale (voir *VIA Rail Canada inc. v. Cairns et al.* (2001), 285 N.R. 198).

F – Le litige au sujet de l'accord de transfert conclu avec le CN

[73] Au départ, le CN a contesté son obligation d'accepter le retour de chefs de train qui allaient être mis à pied en raison du projet ENSV. VIA a protégé les salaires des employés touchés, notamment ceux de plusieurs membres du groupe Cairns, en attendant que la question soit tranchée. Il est maintenant nécessaire de résumer l'issue de cette question.

[74] Le fait que la FIL n'avait pas confirmé l'existence des droits de retour en cause avant de signer l'ECÉ était l'un des trois éléments de la violation de l'article 37 que le Conseil avait mentionnés. Par ailleurs, bon nombre des plaignants étaient en fait retournés au CN une fois la question tranchée, ce qui leur a donné l'occasion de recevoir des revenus et a représenté une certaine forme de protection salariale.

[75] La question de l'interprétation de l'accord de 1987 a été réglée par l'arbitre Michel Picher, qui a rendu plusieurs décisions provisoires, puis une décision définitive – en faveur de VIA –, le 25 novembre 1999, peu après que le Conseil a rendu la décision 35.

[76] Dans sa décision définitive, dans laquelle il a aussi rejeté une demande visant à ce qu'il ne rende pas de décision en raison de l'instance en cours devant le Conseil, l'arbitre Picher s'est prononcé de la sorte :

... Le règlement définitif et exécutoire du litige opposant la FIL et le CN quant au droit prétendu des chefs de train et des chefs de train adjoints de retourner au CN constituera un facteur facilitant, si ce n'est préalable, au processus de renégociation par VIA et la FIL des modalités de l'entente sur la composition des équipes. Par conséquent, il me faut rejeter l'argument de l'avocat du CN selon lequel la décision du CCRI a rendu la présente instance « futile » ou que, dans les circonstances, il faut nécessairement rejeter le recours de la FIL.

... Une décision déclaratoire de l'arbitre qui viendrait confirmer le droit des chefs de train et des chefs de train adjoints de retourner au service du CN, en tenant pour acquis que je donne raison à la FIL, n'équivaut pas à un choix irrévocable par les employés touchés, choix qui exclurait tout autre choix qu'ils auraient pu faire ou qu'ils pourraient faire à l'avenir. Il s'agit seulement de clarifier ce droit, un éclaircissement qui devrait délimiter avec plus de certitude les options qui s'offrent finalement aux parties... La clarification, l'atteinte aux droits et les déplacements qui pourraient suivre, font partie de

toute affaire portant sur des modifications importantes dans le secteur ferroviaire. Cela ne devrait pas occulter l'importance de régler le litige extrêmement important dont je suis saisi.

(Re Canadian National Railway Company and Brotherhood of Locomotive Engineers, 25 novembre 1999 (MG Picher, Ont.), pages 9-10; traduction)

[77] Le Conseil a décrit la façon dont VIA avait réagi à la décision de l'arbitre Picher aux paragraphes 32 à 36 de la décision 230. Aux paragraphes 37 à 39 de la même décision, il a aussi décrit dans le détail les procédures connexes :

[34] Le jour même où l'arbitre a rendu sa décision, VIA a ordonné aux chefs de train qui avaient le droit de retourner au CN de se présenter au centre d'opérations du CN dans les 72 heures suivantes, faute de quoi ils risquaient de ne plus pouvoir faire valoir leur ancienneté au CN. Les chefs de train apprenaient également que VIA mettait fin de façon définitive à la protection salariale qui leur était accordée en mettant fin à l'entente conclue à cet égard dans le cadre de l'ECE.

[35] Soixante-douze heures plus tard, tous les chefs de train concernés étaient retournés au CN. (Soit dit en passant, depuis leur retour au CN il y a trois ans et demi, les chefs de train bénéficient d'une protection salariale en vertu d'une entente privée conclue avec le TUT, l'agent négociateur actuel des chefs de train au CN jusqu'à ce que soient réglées les affaires en instance devant les tribunaux.)

[78] Cela a mené aux événements concernant M. Paul Swim, qui sont décrits ci-dessous.

[79] La décision de l'arbitre Picher a été contestée au moyen d'une demande de contrôle judiciaire devant la Cour supérieure du Québec. Le juge Tingley a annulé la décision de l'arbitre Picher (voir *Canadian National Railway Company (CN) v. Picher*, 2001 CanLII 15678 (C.S.Q.)). Dans sa décision, le juge Tingley a critiqué l'ensemble de l'approche adoptée par VIA quant au projet ENSV et au rôle de la décision arbitrale, qui avait facilité la mise en œuvre de ce projet en permettant à VIA de se délester des chefs de train en les transférant au CN, au moyen de l'accord de transfert de 1987, au lieu de faire face elle-même aux conséquences de sa réduction de personnel. Toutefois, après la publication de ce jugement, les parties touchées (le CN, VIA et la FIL) ont cherché à négocier un règlement global pour les questions demeurant en litige. Initialement, cela s'est traduit par un protocole d'entente, qui a été reproduit intégralement aux paragraphes 46 et 47 de la décision 230. Le sort réservé au jugement de contrôle judiciaire de la Cour supérieure du Québec a principalement été décrit aux paragraphes 20 et 21 du protocole d'entente. Malgré tout, le Conseil a conclu que le protocole d'entente était insatisfaisant en ce qui avait trait aux redressements :

b) Le projet de PE

[107] Le Conseil note avec une certaine consternation que le projet de PE ne modifie pas l'ordre d'ancienneté, ce qui est contraire à l'ordonnance du Conseil de renégocier cet aspect de l'ECÉ. Le PE prévoit simplement que les emplois perdus à la suite d'une réduction des effectifs attribuable à un licenciement, à un rappel ou un changement matériel (l'équivalent des changements technologiques dans les autres secteurs) seront répartis entre les deux groupes. Les auteurs du projet de PE tiennent pour acquis que les chefs de train seront inscrits d'office au bas de la liste d'ancienneté après leur formation...

...

[112] L'autre problème qui ressort, à l'examen du projet de PE, est que les chefs de train qui obtiennent le titre de mécanicien de locomotive sont condamnés à demeurer au bas de la liste d'ancienneté jusqu'à la fin de leur carrière. Cela tient au fait que les mécaniciens de locomotive du CN jouissent de droits de transfert chez VIA et que les modalités de l'entente de transfert qui régit leur ancienneté (juin 1985 ou avant) font en sorte qu'ils justifieront toujours d'un plus grand nombre d'années d'ancienneté que les chefs de train nouvellement formés. L'ECÉ fixe la date d'ancienneté de tous les chefs de train qui obtiennent le titre de mécanicien de locomotive au 31 octobre 1997. En conséquence, les seuls employés qui auront toujours moins d'ancienneté que les chefs de train sont les mécaniciens de locomotive que VIA embauchera directement, ce qui n'est pas pour bientôt.

...

[114] Le projet de PE ne fait rien d'autre que maintenir une distinction permanente entre les mécaniciens de locomotive employés par VIA avant le projet ENSV et les chefs de train qui ont obtenu ou qui obtiendront le titre de mécanicien de locomotive après (voir notamment les dispositions du PE reproduites précédemment qui sont mises en évidence). La distinction ainsi maintenue est celle-là même qui a amené le Conseil à conclure, dans la décision *George Cairns et autres* (35), précitée, qu'il y avait eu violation de l'article 37.

...

[116] En conséquence, le Conseil conclut que, en ce qui concerne l'intégration des mécaniciens de locomotive et des chefs de train, les propositions soumises par les deux parties ne vont pas assez loin...

(décision 230)

[80] Malgré les critiques formulées par le Conseil à l'endroit du protocole d'entente proposé par le CN, VIA et la FIL, ces trois parties ont conclu entre elles un nouvel accord visant à renverser les effets du jugement par lequel la Cour supérieure du Québec avait annulé la décision de l'arbitre Picher, qui avait interprété l'accord de 1987 en faveur de VIA. Le groupe Cairns a qualifié ce nouvel accord d'« entente privée » à laquelle ni le groupe Cairns ni le Conseil n'étaient parties. Dans les faits, la décision du juge Tingley avait d'abord été portée en appel à la fois par VIA et par la FIL. Par la suite, le CN, VIA et la FIL ont convenu que les appelants abandonneraient leurs appels et que le CN renoncerait à tous les droits que lui conférait le jugement du juge Tingley. Ce désistement a annulé les effets juridiques du jugement de la Cour supérieure du Québec et a rétabli intégralement la décision de l'arbitre Picher.

[81] Le groupe Cairns se fonde sur les critiques formulées par le juge Tingley à l'égard de VIA. Cette dernière rétorque que ce jugement a été porté en appel, puis annulé sur consentement des parties. Le Conseil est tout à fait capable de se faire une opinion sur les positions des parties à cet égard et au sujet des questions tranchées par l'arbitre Picher, et ce, sans avoir à se fonder sur les conclusions ou les critiques formulées dans la décision du juge Tingley.

G – Les efforts de renégociation, de médiation et d'arbitrage à l'égard de l'ECÉ

[82] Essentiellement, la décision de régler le litige entre le CN et VIA a répondu à l'une des trois questions visées par l'ordonnance de redressement du Conseil. En effet, le Conseil avait conclu que la FIL avait fait preuve d'insouciance ou de négligence en ne s'assurant pas que les droits de retour au CN – droits sur lesquels la FIL et VIA s'étaient fondées – existaient bel et bien. Le nouvel accord conclu par le CN, VIA et la FIL, et l'exécution de la décision de l'arbitre Picher portant sur ce litige, a permis de définir avec certitude ces droits. De plus, dans l'intervalle, VIA avait indemnisé les employés touchés. Cela a fait que les dommages pécuniaires subis par les membres du groupe Cairns en raison de cet aspect de la violation étaient faibles, voire nuls, et que ceux qui détenaient un droit de retour au CN ont reçu une protection salariale entre le moment de leur mise à pied et le 25 novembre 1999.

[83] Les efforts subséquents des parties pour renégocier l'ECÉ ont été résumés de façon suffisante dans le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel fédérale :

[18] Les parties ont cherché à négocier une entente sur les trois points en litige dans l'ECE identifiés dans la décision 35 : le processus de sélection des chefs de train appelés à devenir mécaniciens de locomotive; les dispositions sur l'ancienneté des chefs de train devenus mécaniciens de locomotive; l'application de l'entente relative aux droits de transfert des employés entre VIA et le CN.

[19] Les parties n'étant toutefois pas parvenues à une entente, elle sont revenues devant le Conseil qui a ordonné une procédure de facilitation avec le concours d'un membre du Conseil et, en cas d'échec, une procédure de médiation-arbitrage. Avec le consentement des parties, le Conseil a nommé M. Michel Picher, arbitre largement respecté et comptant une grande expérience dans le secteur du transport ferroviaire, l'a chargé d'entreprendre la médiation-arbitrage et lui a demandé de rendre une décision sur les points litigieux de l'ECE au plus tard le 31 octobre 2001.

[20] Le 22 octobre 2001, le médiateur-arbitre a demandé au Conseil de prolonger son mandat au vu des progrès encourageants qui avaient été réalisés. Comme M. Picher avait confiance que la prolongation du délai accroîtrait les chances de succès et en l'absence d'opposition des parties, le Conseil a accordé une prolongation jusqu'au 31 janvier 2002. Cependant, le 15 janvier 2002, M. Picher a demandé une nouvelle prolongation, jusqu'au 31 mai 2002. Après avoir consulté les parties et les intervenants, le Conseil a

accordé la prolongation, mais jusqu'au 11 février 2002 seulement, pour permettre la tenue des séances de négociations qui avaient été prévues.

[21] La procédure de médiation-arbitrage n'a pas réglé les questions encore en litige et, le 11 février 2002, le Conseil a décidé de ne pas prolonger le mandat de M. Picher, n'étant pas convaincu que des progrès adéquats étaient réalisés ou qu'une nouvelle prolongation servirait les intérêts des chefs de train. Le Conseil a souligné qu'au cours des deux ans et demi qui s'étaient écoulés depuis la publication de sa décision 35, aucun des points de son ordonnance n'avait été mis en oeuvre, notamment l'obligation de la FIL de payer sur la base avocat-client les honoraires d'avocat engagés par les chefs de train en raison de leur participation à la procédure de médiation. VIA et la FIL se sont opposées à la décision du Conseil de ne pas prolonger le mandat de M. Picher, tandis que les chefs de train s'opposaient à la demande de prolongation.

[22] Le Conseil a décidé de ne pas accorder une nouvelle prolongation à M. Picher et fixé des dates pour une audience sur deux questions...

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns*, 2004 CAF 194; [2005] 1 R.C.F. 205)

[84] Il est important de souligner que la décision du Conseil de ne pas prolonger de nouveau le mandat de l'arbitre Picher a eu l'effet d'annuler la directive que le Conseil avait donnée à l'arbitre Picher, à savoir de rendre une décision arbitrale sur les questions demeurant en litige si les efforts de médiation échouaient.

[85] D'autres aspects du déroulement de l'affaire ont été décrits aux paragraphes 28 à 30 de la décision 230. La première question était celle des frais déboursés par le groupe Cairns dans le cadre du processus de médiation et d'arbitrage. La deuxième était la question « bien plus difficile et importante » des redressements appropriés pour mettre en œuvre le reste de l'ordonnance rendue dans la décision 35. Cette dernière question est devenue l'objet principal de la décision 230.

H – La décision 230

[86] Dans la décision 35, le Conseil avait ordonné la renégociation de l'ECÉ afin que les parties concluent une nouvelle entente qui tiendrait davantage compte des besoins du groupe minoritaire formé par les chefs de train. Les efforts visant à hâter cette renégociation, et l'établissement nécessaire d'un nouvel équilibre entre les intérêts de VIA, des mécaniciens de locomotive de l'unité, des chefs de train de l'unité, des mécaniciens de locomotive de l'unité de la FIL au CN qui avaient davantage d'ancienneté, de la FIL elle-même et, du moins indirectement, du CN, avaient échoué. Près de cinq ans s'étaient alors écoulés depuis le moment où la nouvelle ECÉ devait être entrée en vigueur. Les rangs d'ancienneté relatifs de tous les employés concernés, autant les mécaniciens de

locomotive que les chefs de train, avaient continué à évoluer au fil du temps, car, dans le cours normal des activités, des employés s'étaient portés candidats pour des postes à d'autres endroits, avaient démissionné ou pris leur retraite, ou étaient décédés. Les mécaniciens de locomotive du CN ont continué à se prévaloir de leurs droits d'ancienneté pour obtenir des postes à VIA. Chaque fois que cela arrivait, un autre employé grimpait d'un rang sur la liste d'ancienneté en obtenant le poste laissé vacant, sauf lorsque l'employé provenait du CN, auquel cas l'attente des employés de VIA pour un poste vacant s'allongeait.

[87] Dans ce genre d'affaire, il arrive un moment où la situation devient tellement enchevêtrée qu'il est impossible de la démêler. Lorsque le Conseil a rendu la décision 230, la situation avait presque atteint ce point-là. Le Conseil a abordé la question des redressements de la manière suivante :

VI – Nécessité de pondérer les redressements

[74] Dans les motifs exposés ci-après, le Conseil a analysé la situation sous deux angles différents pour en arriver à ses conclusions afin de pondérer l'application des principes dont procède la formulation d'ordonnances de redressement, comme on l'a vu dans la présente partie. Le premier point de vue est exposé dans la partie IV, où le Conseil se penche sur les divers aspects d'une ordonnance de redressement, autrement dit les mesures qu'il faudrait prendre pour rétablir les chefs de train dans la situation où ils auraient été si la FIL n'avait pas agi de manière discriminatoire à leur endroit.

[75] Le Conseil se penche ensuite sur l'aspect concret de l'exécution de ces ordonnances, en tenant compte du temps écoulé. Pour les motifs exposés dans la partie V, le Conseil conclut qu'il n'est pas réaliste d'ordonner l'exécution intégrale des redressements que les chefs de train sont en droit d'exiger, et qu'une approche plus nuancée s'impose.

[76] Il découle de cette approche que les facteurs dont il faut tenir compte pour façonner un redressement ont été analysés en premier, suivis de l'ordonnance de redressement qui tient compte des considérations de la première analyse. **En conséquence, l'ordonnance exécutoire du Conseil comprend un dédommagement pour les chefs de train qui auraient dû obtenir un emploi chez VIA après le 1^{er} juillet 1998, et une directive à VIA concernant l'intégration des chefs de train qui font toujours partie de son effectif. En préparant leur argumentation sur le montant du dédommagement, les parties doivent tenir compte de la valeur pécuniaire des facteurs envisagés par le Conseil.** Le dernier point examiné est la répartition des coûts de l'ordonnance de redressement du Conseil.

(c'est nous qui soulignons)

[88] Des paragraphes 77 à 138 de la décision 230, la vice-présidente Pineau a exposé les grandes lignes des éléments qui font normalement partie d'une « ordonnance de redressement intégral ». À la partie V de la décision, aux paragraphes 139 et 140, elle explique cinq problèmes pratiques liés aux ordonnances de redressement intégral :

X – Redressements accordés en dernier lieu

[139] L'analyse qui précède montre clairement que pour rétablir totalement les chefs de train dans la situation où ils auraient été, les conclusions du Conseil sont de grande portée. Cela ne veut pas dire qu'il faille les modifier, mais plutôt que le Conseil doit maintenant déterminer quelles mesures il est indiqué de prendre pour appliquer les redressements, vu le temps écoulé et la nature de l'entreprise de l'employeur. Le premier facteur dont il faut tenir compte c'est que cela fait presque cinq ans que l'ECÉ a été conclue et que la majorité des chefs de train ne travaillent plus chez VIA. Le deuxième facteur, c'est que nous sommes en présence d'un effectif vieillissant pour lequel cinq années représentent une période cruciale à l'approche de la retraite. Ce qui, en 1998, aurait pu être considéré comme une occasion inespérée de participer à un programme de formation et d'obtenir un emploi de mécanicien de locomotive, ne présente plus autant d'intérêt en 2003, surtout s'il faut encore attendre jusqu'à 2004 pour avoir un emploi. Le troisième facteur c'est qu'on ne peut rétablir les chefs de train dans la situation où ils auraient été sans perturber l'ensemble des services voyageurs de VIA au Canada, ce qui pourrait avoir des effets imprévus sur les voyageurs. Pour que VIA soit en mesure d'offrir des emplois aux chefs de train, il faut que la société soit capable de garder la confiance du public. Or, la réorganisation de la composition des équipes dans l'ensemble du réseau canadien n'est pas propice à la réalisation de cet objectif. Le quatrième facteur dont il faut tenir compte c'est que les ordonnances du Conseil ont aussi une incidence sur les mécaniciens de locomotive du CN qui sont passés chez VIA depuis le 1^{er} juillet 1998. Leur retour en nombre au CN pour donner suite à la décision rendue en l'espèce pourrait avoir les mêmes effets d'entraînement, quoique dans une moindre mesure, que le retour des chefs de train au CN après la décision arbitrale de 1999. Enfin, le cinquième facteur c'est que les plaignants n'auraient probablement pas tous eu accès aux postes qui sont devenus vacants à partir du 1^{er} juillet 1998. En conséquence, les redressements accordés ne peuvent pas s'appliquer également à tous les chefs de train.

[140] Le Conseil a dès lors décidé d'offrir un autre type de dédommagement. Il s'agit d'un montant forfaitaire tenant lieu de redressement complet et de la création de débouchés pour les chefs de train qui veulent continuer à travailler pour VIA.

[89] Au paragraphe 141 se retrouve la description d'un processus complexe pour atteindre les objectifs énoncés :

[141] ...

i) VIA doit dresser la liste de tous les postes de mécanicien de locomotive devenus vacants durant la période comprise entre le 1^{er} juillet 1998 inclusivement et la date de la présente décision. La liste doit être remise à la FIL et au représentant des chefs de train au plus tard le 15 juin 2003.

ii) Les chefs de train et la FIL ont jusqu'au 15 juillet 2003 pour examiner la liste et signaler les modifications à apporter à VIA.

iii) Les chefs de train ont jusqu'au 15 juin 2003 pour adresser une demande écrite à VIA en vue d'obtenir un état de l'incidence financière et autre d'un retour à la vie active après un départ à la retraite ou une cessation volontaire d'emploi.

iv) VIA a jusqu'au 15 juillet 2003 pour fournir les renseignements demandés par les chefs de train.

v) Les chefs de train doivent être autorisés à subir le test d'aptitude à la mécanique de Bennett, si tel est leur désir. La note de passage est de 60 %. Sont exclus les chefs de train qui ont opté d'emblée pour la retraite en vertu de l'ECÉ et qui sont désormais à la retraite.

vi) Les chefs de train qui ne travaillent pas comme mécanicien de locomotive et qui sont inscrits sur les listes de priorité actuellement en vigueur ne sont pas tenus de subir le test à nouveau (même s'ils ont obtenu moins de 60 %); ils doivent en outre être inscrits sur la liste d'admissibilité mentionnée ci-après.

vii) Un comité national doit être créé pour établir les critères de correction du test d'aptitude à la mécanique Bennett et recevoir en entrevue les chefs de train qui choisissent de subir le test.

viii) Le comité national doit être composé d'un représentant de l'employeur, d'un représentant des mécaniciens de locomotive désigné par la FIL et d'un mécanicien de locomotive en titre issu des rangs des chefs de train, chacun ayant voix au chapitre. Le comité national doit avoir terminé l'évaluation des chefs de train et dressé la liste des candidats reçus au plus tard le 29 août 2003. La décision du comité national est sans appel, sauf s'il y a des erreurs flagrantes dans l'administration et la correction des tests.

ix) Les chefs de train qui réussissent au test sont inscrits sur une liste par ordre d'ancienneté, ci-après appelée la liste d'admissibilité.

x) Une partie des chefs de train inscrits sur la liste d'admissibilité a droit au dédommagement pécuniaire tenant lieu de redressement, ainsi que le prévoient les conclusions du Conseil. Leur nombre doit correspondre au nombre de postes devenus vacants ou créés depuis le 1^{er} juillet 1998 et inclure les chefs de train qui ont obtenu le titre de mécanicien de locomotive et qui ont un poste chez VIA. Les chefs de train qui n'ont pas réussi à obtenir le titre de mécanicien de locomotive ou qui ne pouvaient pas poser leur candidature à cause d'un problème médical ont droit aussi au dédommagement, mais il n'est pas nécessaire de leur attribuer un poste vacant.

xi) Les autres chefs de train inscrits sur la liste d'admissibilité qui n'ont pas droit au dédommagement tenant lieu de redressement doivent être admis au programme de formation des mécaniciens de locomotive à mesure que des postes de mécanicien de locomotive deviennent vacants ou sont créés au Canada, jusqu'à ce qu'il ne reste plus un seul chef de train sur la liste d'admissibilité. L'ancienneté des chefs de train qui obtiennent le titre de mécanicien de locomotive doit être intégrée à celle des autres mécaniciens de locomotive du complexe ferroviaire ou du district d'ancienneté d'emploi, selon le cas, où ils acceptent un emploi. Les chefs de train ont droit à une rémunération et au remboursement de leurs dépenses durant leur formation, ainsi qu'à une indemnité de réinstallation égale à celle qui est généralement versée par la société, s'ils acceptent un poste ailleurs.

xii) L'ancienneté des chefs de train qui ont obtenu le titre de mécanicien de locomotive depuis le 1^{er} juillet 1998 et qui occupent un poste de mécanicien de locomotive chez VIA doit être intégrée à celle des autres mécaniciens de locomotive du complexe ferroviaire ou du district d'ancienneté, selon le cas, où ils travaillent actuellement. Les chefs de train ont droit à un dédommagement correspondant aux avantages et au salaire perdus du fait qu'ils étaient inscrits au bas de la liste d'ancienneté, rétroactivement à la date à laquelle le premier des anciens chefs de train a terminé avec succès le programme de formation des mécaniciens de locomotive.

xiii) Les chefs de train qui sont admissibles à un dédommagement pécuniaire en vertu de la présente décision ont jusqu'au 30 septembre 2003 pour présenter des observations écrites au Conseil concernant le montant qui devrait leur être accordé. La FIL et VIA ont jusqu'au 31 octobre 2003 pour répondre aux observations des chefs de train à cet égard. Les chefs de train ont jusqu'au 14 novembre 2003 pour adresser leur réplique.

xiv) Le Conseil déterminera ensuite le montant du dédommagement à accorder à chaque demandeur, sans nécessairement tenir d'audience publique.

xv) Le Conseil déterminera aussi quelle portion du dédommagement accordé par les présentes doit être pris en charge par la FIL, d'une part, et par VIA, d'autre part. La FIL a jusqu'au 30 septembre 2003 pour présenter des observations écrites à cet égard et VIA a jusqu'au 31 octobre 2003 pour soumettre sa réponse. La FIL a ensuite jusqu'au 15 novembre 2003 pour adresser sa réplique. Le Conseil se réserve le droit de trancher cette question sans tenir d'audience publique.

xvi) Les chefs de train ont droit au remboursement de leurs frais judiciaires suivant le tarif applicable entre procureur et client relativement à l'audience sur les redressements et l'exécution des ordonnances de redressement rendues en l'espèce, s'il y a lieu, l'intérêt étant calculé selon la méthode Snively/Hallowell à compter du trentième jour suivant la date à laquelle le procureur de la FIL reçoit la note d'honoraires.

xvii) Les chefs de train ont droit à une indemnité correspondant au salaire perdu et aux frais engagés relativement à l'audience sur les redressements et les ordonnances de redressement subséquentes. Cette indemnité doit être versée au plus tard le 30 juin 2003.

[90] À la fin de la décision 230, le Conseil a réservé sa compétence sur « toute question découlant de la présente décision ou des ordonnances qui suivront ».

[91] Aux paragraphes 63 à 73, le Conseil s'est prononcé sur la responsabilité de VIA et il a souligné que « fait sans précédent, VIA a participé activement à toutes les audiences ayant rapport avec la présente affaire » après que le Conseil a rendu la décision 35. Le Conseil a présenté les conclusions suivantes aux paragraphes 71 et 72 :

[71] Dans l'affaire qui nous occupe, VIA a négocié et approuvé un processus de sélection qui a eu une incidence sur les possibilités de formation des chefs de train ainsi que sur leur ancienneté, qui s'est retrouvée à la fin de la liste, et il a aussi accepté la suspension temporaire de l'entente de transfert avec la FIL. VIA se trouve dès lors à avoir contribué aux pratiques discriminatoires contre les chefs de train. Pour citer *Central Okanagan School District No. 23 c. Renaud*, précité, VIA « ne peut se comporter [maintenant] comme ... un spectateur et affirmer que la situation d[un syndicat] est une question qu'il appartient strictement [au syndicat] de régler ».

[72] Si la FIL doit répondre devant ses membres de la violation du *Code*, VIA et la FIL doivent assumer ensemble les conséquences de la décision du Conseil puisqu'elles ont toutes deux contribué à produire les effets de l'ECÉ, quoique à des degrés divers peut-être. Dans les circonstances de l'affaire qui nous occupe, l'imposition de conséquences financières à VIA est une conclusion nécessaire pour réaliser les objets des ordonnances du Conseil, soit corriger les effets discriminatoires de l'ECÉ.

(décision 230)

[92] La Cour d'appel fédérale a analysé et commenté ces conclusions dans son arrêt, comme on le verra ci-dessous.

[93] Dans la décision 230, le Conseil a soupesé, puis rejeté certains arguments en matière de compétence que la FIL et VIA avaient soulevés. La Cour d'appel fédérale s'est aussi prononcée sur ces arguments (voir ci-dessous).

[94] Il sera nécessaire de revenir sur certains aspects de la décision 230 ci-dessous, mais il est d'abord utile de rappeler ce qui est arrivé après que cette décision a été rendue. Compte tenu de la complexité des redressements et des questions en litige, des procédures antérieures et de l'assertion continue de VIA selon laquelle le Conseil outrepassait sa compétence, il était probablement inévitable que d'autres recours s'exercent, ce qui a été le cas.

I – Le deuxième arrêt de la Cour d'appel fédérale

[95] La décision 230 a fait l'objet d'un contrôle judiciaire devant la Cour d'appel fédérale. Dans un arrêt majoritaire (2 contre 1), la Cour a confirmé la décision du Conseil, en appliquant de nouveau la norme de la décision manifestement déraisonnable, et en se servant à nouveau des limites imposées au pouvoir de redressement dans l'arrêt *Royal Oak Mines inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, comme point de référence.

[96] Contrairement aux redressements prévus dans la décision 35, la décision 230 a imposé des mesures de redressements qui remplaçaient ce dont les parties avaient convenu ou auraient pu convenir par la suite. VIA et la FIL ont soutenu que, en agissant de la sorte, le Conseil avait outrepassé sa compétence. La Cour d'appel fédérale a décrit leur position de la façon suivante :

[3] ... Elles affirment que l'ordonnance va à l'encontre d'un principe fondamental des relations du travail au Canada, soit le droit du syndicat et de l'employeur d'établir les conditions d'emploi par la libre négociation collective.

[4] Les demanderesses disent que le devoir de représentation juste est de nature procédurale et ne prescrit aucun résultat particulier dans les négociations entre un syndicat et un employeur. Elles soutiennent que si le Conseil n'a pas été persuadé que VIA et la FIL avaient effectivement apporté une réparation au manquement du syndicat à son devoir de représentation juste, il aurait dû exiger qu'elles poursuivent la procédure de médiation-arbitrage ordonnée par le Conseil, dont avaient convenu VIA, la FIL et les chefs de train.

(VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004), précité)

[97] Aux paragraphes 25 à 30 de cet arrêt, la Cour d'appel fédérale a résumé les quatre conclusions essentielles énoncées par le Conseil dans la décision 230, citée ci-dessus. La Cour a rejeté l'argument selon lequel le Conseil avait commis une erreur de compétence en outrepassant ses pouvoirs de redressement, auquel cas la norme applicable aurait pu être celle du bien-fondé.

[98] Devant la Cour d'appel, VIA a soutenu que le Conseil était dessaisi du dossier après avoir rendu la décision 35, malgré le fait qu'il s'était réservé le pouvoir de se ressaisir de l'affaire. La Cour d'appel s'est exprimée ainsi au paragraphe 69 de son arrêt :

[69] À mon avis, le fait que le Conseil se réservait expressément le droit de se ressaisir dans le cas où les parties ne parvenaient pas à régler les questions de réparation encore en litige autorisait le Conseil à mettre en oeuvre l'ordonnance rendue dans la *décision 35* et à y apporter toute modification corrélative...

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns* (2004), précité)

[99] La deuxième objection de VIA a été décrite au paragraphe 75 de l'arrêt :

[75] L'avocat de VIA a insisté sur le fait que le seul manquement au *Code* auquel la *décision 35* devait remédier avait eu lieu dans la période qui avait conduit à l'ECE. Par conséquent, le Conseil a outrepassé sa compétence lorsque, dans la conception de l'ordonnance de réparation de la *décision 230*, il a tenu compte d'événements survenus après la date où la FIL avait commis le manquement au *Code*.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns* (2004), précité)

[100] VIA avance encore aujourd'hui un vestige de cet argument, que la Cour d'appel fédérale avait rejeté de la façon suivante :

[76] Je ne puis souscrire à cette position. Dans le « domaine dynamique, complexe et délicat » des relations du travail (arrêt *Royal Oak Mines* au paragraphe 57), les conseils des relations du travail doivent être en mesure de prendre en compte l'évolution des circonstances s'ils doivent remplir le mandat que leur confère la loi à l'égard du « règlement positif des différends pour le bien des parties et de la population » (*Royal Oak Mines*, précité, au paragraphe 55). Ainsi, faisant référence aux larges pouvoirs conférés au Conseil par le paragraphe 99(2), le juge Cory a dit dans l'arrêt *Royal Oak Mines* (au paragraphe 55) :

« À mon avis, le législateur a agi ainsi pour donner au Conseil toute latitude pour tenir compte des circonstances toujours différentes des litiges très variés dans le domaine délicat des relations du travail. »

[77] Restreindre les pouvoirs du Conseil à concevoir une réparation en rapport avec l'état des faits au moment du manquement inciterait au dépôt d'une multitude de plaintes relatives à diverses périodes de temps. Enfermer le Conseil dans ce type de camisole de force irait à l'encontre de l'intention du législateur, qui a conféré au Conseil un pouvoir de réparation large et souple, notamment pour lui permettre de faciliter le règlement positif des conflits du travail dans des situations de relations du travail en évolution.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns* (2004), précité)

[101] Ce raisonnement conférerait une nature dynamique au pouvoir de redressement du Conseil, un principe qui s'applique encore aujourd'hui. Après avoir examiné les arguments en matière de compétence, la Cour d'appel fédérale s'est penchée sur le fond, et elle a reconnu que, en règle

générale, les ordonnances visant à remédier à ce type de violation consistent à renvoyer les parties à la table de négociation, avec certaines directives. Toutefois, la Cour a finalement conclu que l'exception restreinte à cette approche qui avait été créée dans l'arrêt *Royal Oak Mines inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, devait peut-être s'appliquer à la présente affaire :

[83] Si, comme l'a conclu l'arrêt *Royal Oak Mines*, le paragraphe 99(2) est suffisamment large pour permettre au Conseil d'imposer des conditions réparatrices à un manquement à l'obligation de négocier de bonne foi, il n'était pas manifestement déraisonnable, à mon avis, que le Conseil conclue que le paragraphe 99(2) lui confère également le pouvoir de prescrire des conditions à titre de réparation au manquement au devoir de représentation juste, manquement qui dans ce contexte vise aussi la procédure. Restreindre la négociation collective de cette manière, en vue de mettre fin à un conflit de travail, ne va pas nécessairement à l'encontre des objectifs du *Code*.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004)*, précité)

[102] Cela étant dit, la Cour s'est ensuite penchée sur deux objections précises soulevées à l'égard de la décision par laquelle le Conseil avait, dans les faits, imposé des modalités de convention collective. La première voulait que VIA n'avait jamais été déclarée coupable d'une violation du *Code*, et la deuxième, que l'alinéa 99(1)b.1) du *Code* établit expressément les circonstances où une telle ordonnance peut être rendue et que cette disposition ne permettait pas au Conseil de rendre une ordonnance en l'espèce. La Cour a rejeté l'argument selon lequel l'alinéa 99(1)b.1) visait à limiter le vaste pouvoir d'ordonner un redressement « équitable » qui est prévu au paragraphe 99(2) du *Code*. Pour ce qui est de tenir VIA responsable de la violation, la Cour s'est exprimée de la sorte :

[86] À mon avis, cependant, si cette considération peut limiter les circonstances donnant lieu à une réparation sous forme de conditions au manquement au devoir de représentation juste, elle ne rend pas manifestement déraisonnable que le Conseil ait conclu qu'il peut, tout au moins dans certaines situations, imposer des conditions qui lient l'employeur, même si la plainte n'a pas désigné l'employeur comme partie au manquement au *Code*.

[87] ... La question n'est donc pas de savoir si une réparation peut **exceptionnellement** être prescrite à une partie qui n'a pas commis de manquement au *Code*, mais si l'imposition de conditions à VIA est justifiée par le paragraphe 99(2).

[88] Deuxièmement, le Conseil n'a imposé de conditions qu'après le défaut des parties de mettre en œuvre l'ordonnance de réparation prévue à la *décision 35*, modifiée. L'ordonnance du Conseil demandant à VIA et à la FIL de renégocier l'ECE ne faisait pas qu'imposer des obligations de procédure à VIA, elle la soumettait également potentiellement à des conditions moins favorables que celles qu'elle aurait autrement négociées n'eût été le manquement au *Code* du syndicat.

[89] Troisièmement, les dispositions conférant au Conseil un pouvoir de réparation sont suffisamment larges pour justifier qu'une réparation soit imposée à VIA. Sans doute, le *Code* n'autorise le Conseil à ordonner une réparation « équitable » en vertu du paragraphe 99(2) que lorsqu'il a établi un manquement au *Code*. Cependant, en l'espèce, un manquement au *Code* avait eu lieu : la FIL avait manqué à son devoir de représentation juste des chefs de train.

[90] À mon avis, il n'était pas manifestement déraisonnable pour le Conseil de conclure que le pouvoir de rendre une ordonnance de réparation en vertu du paragraphe 99(2) « en plus ou au lieu de toute ordonnance visée au paragraphe 1 » du *Code*, l'autorisait à inclure VIA dans l'ordonnance de réparation. Le Conseil avait établi que VIA avait participé au manquement, avait pris part

activement à toutes les procédures déclenchées par la plainte initiale des chefs de train au Conseil au sujet du manquement de la FIL à son devoir de représentation juste et n'avait pas mis en oeuvre la *décision 35*.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004)*, précité)

[103] Cette conclusion demeure très importante en l'espèce, car VIA affirme encore que seule la FIL a été déclarée coupable d'avoir manqué aux obligations que lui imposait le *Code* de la façon décrite par le groupe Cairns dans sa plainte. En ce qui a trait à la question des redressements, il est particulièrement pertinent de souligner que la Cour d'appel fédérale a reconnu que les redressements ordonnés par le Conseil étaient non seulement justifiés par la violation initiale, mais aussi par le défaut subséquent de se conformer à la décision initiale du Conseil. La Cour a approfondi la question en considérant un autre argument de VIA, selon lequel :

[95] ...comme la *décision 230* visait à remédier à un manquement au *Code* commis par la FIL, il n'y avait pas de lien entre l'imposition de conditions à VIA et le manquement.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004)*, précité)

[104] La Cour d'appel a répondu à cet argument de la façon suivante :

[96] Je ne suis pas de cet avis. La tentative de l'avocat de représenter VIA comme un témoin innocent pris dans un conflit au sein du syndicat et inter-syndical a peu à voir avec la réalité. La preuve établit que peu de temps après la publication de l'ENSV, VIA s'est conduite à l'égard des chefs de train d'une manière qui a été condamnée par le Conseil.

[97] Ainsi, après l'initiative de VIA en vue d'abolir le poste de chef de train comme mesure de réduction des coûts et sa demande de fusion des unités de négociation, mais avant la négociation de l'ECE avec la FIL, VIA a été jugée coupable d'avoir manqué à l'alinéa 50b) du *Code* en cherchant unilatéralement à abolir le poste de chef de train : voir *VIA Rail Canada inc. (1998)*, 107 di 92; 25 CLRBR (2d) 150. Le Conseil a établi par la suite que VIA et la FIL avaient eu une « collaboration inappropriée » et avaient manqué au *Code* en négociant l'ECE : *décision 35* au paragraphe 126. Enfin, le Conseil a conclu que, à l'encontre de la *décision 35*, VIA avait conclu le PE avec la FIL sans aucun apport des chefs de train, des TUT ou du spécialiste nommé en conformité avec la *décision 35* pour aider les chefs de train.

[98] Par conséquent, je ne puis convenir que la *décision 230* est manifestement déraisonnable parce qu'il n'y avait aucun lien rationnel entre l'imposition de conditions à VIA et le manquement au *Code* de la FIL...

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004)*, précité)

[105] Plus loin, la Cour s'est demandée si la décision d'ordonner le versement d'indemnités, particulièrement à l'égard de VIA, était punitive ou déraisonnable. La Cour a résumé les objections de VIA aux paragraphes 136 à 144 de son arrêt :

[136] VIA dit que l'ordonnance du Conseil est de nature punitive et donc manifestement déraisonnable selon l'arrêt *Royal Oak Mines*. L'avocat soutient que, comme le Conseil n'avait pas établi que VIA avait commis un manquement au *Code*, rendre une ordonnance contre elle avait un caractère punitif. Bien que cet argument touche l'ensemble de l'ordonnance dans la *décision 230*, il semble particulièrement adapté à la disposition rendant VIA solidairement responsable avec la FIL du paiement d'un dédommagement à certains chefs de train. Dans un procès civil, un tribunal ne peut ordonner le paiement de dommages-intérêts qu'à une partie qu'il a jugée responsable d'un comportement illicite.

...

[141] À mon avis, la décision de dédommagement visée dans la *décision 230* n'est pas manifestement déraisonnable. L'analogie avec le procès civil ne tient pas. L'ordonnance du Conseil dans la *décision 35* comportait comme conséquence nécessaire la renégociation de l'entente entre VIA et la FIL, assortie d'une augmentation possible des obligations de VIA.

[142] Comme l'entente n'a pas été renégociée conformément à la *décision 35*, je ne puis considérer que l'imposition d'une obligation à VIA par le Conseil ait un caractère punitif. Rien dans la *décision 230* ne suggère que des obligations financières ont été imposées à VIA à titre « punitif ». L'ordonnance exigeait de VIA qu'elle assume les coûts pour les chefs de train de leur nouvelle formation comme mécaniciens de locomotive ainsi que les coûts de la formation elle-même, et partager avec la FIL certains des préjudices financiers subis par les chefs de train par suite de l'ECE et du défaut des parties de mettre en oeuvre la *décision 35*. En l'absence d'éléments de preuve fiables sur la somme que VIA était potentiellement tenue de payer, on ne peut dire que l'ordonnance du Conseil était punitive plutôt que compensatoire.

...

[144] Il est clair également qu'il y a un lien rationnel entre le dédommagement ordonné par le Conseil et le manquement du syndicat à son devoir de représentation juste ainsi que ses conséquences. Les chefs de train étaient ainsi dédommagés des pertes qu'ils avaient subies en raison de l'ECE et du défaut des parties de mettre en oeuvre l'ordonnance du Conseil dans la *décision 35*.

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004)*, précité)

[106] Ainsi, le redressement n'est pas seulement justifié par la violation initiale, mais aussi par le défaut des parties (la FIL et VIA) de mettre en oeuvre l'ordonnance de redressement formulée par le Conseil dans la *décision 35*. Les dommages-intérêts et, par conséquent, la responsabilité des parties quant aux dommages-intérêts, découlent à la fois de la violation initiale et du défaut de faire ce que le Conseil avait ordonné aux parties de faire pour mettre fin au préjudice, toujours en cours, qui découlait de la violation initiale.

[107] Un autre aspect de l'arrêt de la Cour d'appel est pertinent, et il permet d'ailleurs de rejeter l'un des arguments avancés maintes fois par le groupe Cairns. Ces derniers soutiennent que VIA a économisé – et, implicitement, que les chefs de train ont perdu – 15 millions de dollars par année. Comme l'a souligné la Cour :

[140] VIA avait estimé que les réductions d'effectifs annoncées dans l'ENSV lui feraient économiser environ 15 millions de dollars par an. Toutefois, il a toujours été clair qu'il ne s'agissait pas d'une économie nette...

(*VIA Rail Canada inc. c. Cairns (2004)*, précité)

[108] En outre, VIA « économisait » des sommes dont elle ne disposait pas. Dans les faits, VIA devait réduire ses dépenses d'une façon ou d'une autre. Si elle n'avait pas choisi le projet ENSV, il y a tout lieu de croire qu'elle aurait pris d'autres mesures pour réduire ses dépenses. L'argument selon lequel VIA n'avait pas le droit de chercher à réduire ses dépenses du tout, ou que, dans la mesure où elle l'a fait, elle a créé pour les employés touchés un droit à être indemnisés équivalent, n'est pas persuasif.

[109] Désormais, ces questions ont toutes été tranchées par le Conseil, et les décisions du Conseil ont été confirmées expressément par la Cour d'appel fédérale.

J – Les décisions relatives au processus d'admissibilité

[110] Après que la décision 230 a été confirmée, des mesures ont été prises pour mettre en œuvre le processus de sélection ordonné par le Conseil. Ce processus a donné lieu à un nouveau litige, et le Conseil a dû se saisir de l'affaire une fois de plus. Dans *George Cairns*, 2006 CCRI 372 (la décision 372), la vice-présidente Pineau s'est penchée sur le volet de l'affaire ayant trait à l'admissibilité et sur son lien avec le dédommagement :

[5] Dans la décision qui l'a incité à accorder de vastes mesures de redressement, le Conseil a notamment conclu que les chefs de train qui souhaitaient recevoir la formation nécessaire pour obtenir un poste de mécanicien de locomotive après la mise en œuvre de l'ECÉ avaient été privés de cette possibilité, sans raison valable. Cependant, il était impossible d'ordonner à VIA de former tous les chefs de train et de renvoyer au CN les mécaniciens de locomotive nouvellement embauchés sans perturber considérablement ses activités (avec les conséquences que cela aurait eu sur le public voyageur). C'est pourquoi le Conseil a ordonné l'indemnisation des chefs de train au titre des occasions de formation qui leur avaient été refusées. **Pour avoir droit à cette indemnisation, les chefs de train doivent se faire inscrire sur une liste d'admissibilité en se soumettant aux tests d'évaluation que doivent généralement passer ceux qui aspirent à exercer les fonctions de mécanicien de locomotive. Une fois cette étape franchie, on leur attribue fictivement un des postes devenus vacants à VIA depuis le 1^{er} juillet 1998, jusqu'à ce que la liste des postes vacants soit épuisée. Les chefs de train inscrits sur cette liste qui sont ainsi appariés à un poste vacant deviennent admissibles à une indemnité selon les modalités des ordonnances de redressement du Conseil. L'ordonnance initiale prévoyait également que les chefs de train qui seraient encore sur la liste d'admissibilité une fois la liste des postes vacants épuisée recevraient la formation comme mécanicien de locomotive et seraient embauchés à ce titre par VIA avant les mécaniciens de locomotive du CN, et ce, jusqu'à ce qu'ils aient tous reçus la formation et été embauchés.**

Cette modalité de l'ordonnance n'a plus sa raison d'être parce que le nombre de postes devenus vacants à VIA depuis le 1^{er} juillet 1998 (123) dépasse le nombre de chefs de train qui cherchent à se faire inscrire sur la liste d'admissibilité (104). Au bout du compte, tous les chefs de train qui satisfont aux conditions d'admissibilité, y compris ceux qui étaient déjà admissibles à la formation et n'étaient pas obligés de se soumettre aux tests (7), se verront attribuer fictivement un poste vacant et auront droit à une indemnité. Ceux qui ne réussissent pas à se faire inscrire sur la liste d'admissibilité perdront toute chance de recevoir une indemnité.

(c'est nous qui soulignons)

[111] Le Conseil a établi les règles encadrant le test d'admissibilité, qui devait être administré par un comité national et constitué du test d'aptitude à la mécanique de Bennett suivi d'une entrevue orale. Le test de Bennett a été donné au printemps 2006 et les entrevues ont eu lieu du 11 septembre au 6 novembre 2006. À la suite de l'évaluation des entrevues par le comité national, 39 candidats avaient réussi le test d'admissibilité, 2 candidats avaient refusé d'y participer et 63 candidats avaient échoué (voir le paragraphe 5 de la décision *George Cairns*, 2007 CCRI 390 (la décision 390)). Une fois ce processus achevé, le groupe Cairns s'est plaint que les entrevues orales avaient été beaucoup trop sévères et il a cherché à en faire annuler ou modifier les résultats.

[112] La vice-présidente Pineau a divisé les plaignants en deux groupes :

[21] Le groupe 1 comprend i) les anciens chefs de train de VIA qui ont réussi à l'entrevue, qui sont prêts à être classés par ordre d'ancienneté et qui sont inscrits sur la liste d'admissibilité; ii) les anciens chefs de train de VIA déjà admissibles à la formation et qui n'étaient pas requis de se soumettre aux tests; et iii) les anciens chefs de train de VIA qui sont réputés avoir des problèmes médicaux...

[22] Le groupe 2 comprend tous les chefs de train de VIA qui ont réussi au test de Bennett mais ont échoué aux entrevues de 2006...

(décision 372)

[113] Un processus d'audience a été établi afin de trancher l'argument selon lequel les membres du groupe 2 devaient être réévalués ou déclarés admissibles en raison des lacunes du processus d'évaluation. VIA a demandé le réexamen de cette décision, ce qui a été fait par un banc composé de trois membres du Conseil (voir la décision 390). Le banc de révision a annulé le volet de la décision 372 selon lequel la validité du processus de test devait être évaluée de nouveau. Le banc de révision a statué que, comme le Conseil s'était seulement réservé le pouvoir de se pencher sur des erreurs flagrantes dans l'administration et la correction des tests, il aurait outrepassé ce pouvoir limité en menant l'examen relatif au groupe 2 qu'il se proposait de faire.

[114] Cela a permis d'aller de l'avant avec le processus d'indemnisation prévu pour les membres du groupe 1, un processus dont le déroulement avait été établi au paragraphe 21 de la décision 372. Il restait donc un groupe de 39 chefs de train qui avaient réussi le processus d'admissibilité et qui avaient droit à un dédommagement (en plus des deux autres sous-groupes du groupe 1). Cela a sans doute réduit considérablement la possibilité qu'une indemnisation en nature perturbe indûment les activités de VIA ou du CN, car le groupe qui a finalement été jugé admissible était beaucoup plus petit que ce qui avait été prévu au départ. Le groupe Cairns se fonde sur ce facteur pour affirmer, une fois encore, que certains de ses membres devraient être embauchés comme mécaniciens de locomotive par VIA.

K – L'intégration des listes d'ancienneté

[115] Les redressements prévus à la décision 230 exigeaient, entre autres, l'établissement d'une liste d'ancienneté commune pour les mécaniciens de locomotive et l'« intégration » des employés formant le groupe Cairns à cette liste. Sans trop s'attarder aux détails, il suffit de dire que certains différends sont survenus dans ce processus et que le Conseil a donné des directives pour les régler. Un résumé est présenté aux paragraphes 13 et suivants de la décision 381, précitée.

[116] En ce qui a trait aux questions demeurant en litige, l'élément fondamental est la décision quant aux règles d'ancienneté que le Conseil voulait voir les parties utiliser pour intégrer les listes d'ancienneté. La vice-présidente Pineau a décrit les questions de la façon suivante dans *George Cairns*, 2005 CCRI LD 1225 (la LD 1225) :

L'essentiel du processus de mise à exécution repose sur l'élaboration d'une liste intégrée d'ancienneté des mécaniciens de locomotives, formée des anciens chefs de train visés par l'affaire *George Cairns et autres*, précitée, et des autres mécaniciens de locomotives de VIA. À cette fin, le Conseil favorisait l'établissement d'un accord plutôt qu'une décision du Conseil comme fondement de l'élaboration de cette liste d'ancienneté, ce dont ont convenu les parties. Les réunions ont eu lieu sur cette base.

À des fins de clarté, il a été établi dans la décision du Conseil que la date de référence de l'ordre d'ancienneté est la « date d'entrée en fonction comme agent de train ». À la réunion tenue le 18 février, VIA a soulevé la question de son interprétation de la « date d'entrée en fonction comme agent de train » comme elle était utilisée et décrite dans la décision du Conseil, qui veut dire selon elle que les mécaniciens de locomotives devraient être classés selon leur date d'entrée en fonction chez VIA. La CFTC et le groupe Cairns estimaient que la « date d'entrée en fonction comme agent de train » portait la signification usuelle

dans le secteur ferroviaire, à savoir la date à laquelle un employé commençait à faire partie du personnel itinérant.

(pages 3-4)

[117] Dans la LD 1225, le Conseil fait état de l'objection ensuite soulevée par VIA à ce que les redressements ordonnés dans la décision 230 soient modifiés de quelque façon que ce soit. VIA avait fourni une liste d'ancienneté fondée sur la date d'entrée en fonction de chaque employé chez VIA, ce qui représente essentiellement un calcul fondé sur la date d'embauche, plutôt qu'une liste reposant sur le rang d'ancienneté de chaque personne comme agent de train. Le Conseil est arrivé aux conclusions suivantes dans la LD 1225 :

... [C]'est la signification que le Conseil a voulu donner du paragraphe 123 de sa décision qui est en jeu lorsqu'il est dit :

« [123] Aux fins de l'intégration des listes d'ancienneté, c'est la **date d'entrée en fonction comme agent de train**, c'est-à-dire la date d'embauchage dont on se sert pour calculer les autres avantages, qui est la date la plus objective pour établir l'ordre d'ancienneté. Cette date se trouve à rendre non pertinente la date d'ancienneté du 31 octobre 1997 attribuée à tous les chefs de train qui ont obtenu le titre de mécanicien de locomotive par la suite. **La date d'entrée en fonction comme agent de train est la date qui doit être utilisée pour déterminer l'ancienneté de tous les mécaniciens de locomotive compris dans l'unité de négociation.** »

(page 47; c'est nous qui soulignons)

Il y a peut-être lieu de se demander ce que signifiait l'expression « c'est-à-dire la date d'embauchage dont on se sert pour calculer les autres avantages » dans la mesure où elle s'appliquait à l'expression « date d'entrée en fonction comme agent de train ». Toutefois, il convient de considérer une décision en fonction de son contexte global, et non d'une seule phrase tirée de la décision pour discréditer certaines idées connexes...

L'essence des termes qui font l'objet du conflit, « date d'entrée en fonction comme agent de train », a trait au concept d'ancienneté et à la manière dont il sera appliqué pour dresser une nouvelle liste d'ancienneté pour les mécaniciens de locomotives à la suite des ordonnances de redressement du Conseil rendues dans *George Cairns et autres*, précitée. Relativement à cette question, le Conseil doit convenir avec la CFTC et le groupe Cairns que l'ancienneté est un concept syndical, car ce sont l'agent négociateur et les membres de l'unité de négociation qui établissent la base de l'ancienneté. En règle générale, les employeurs participent peu à cette tâche, si ce n'est en respectant la convention collective. De plus, l'ancienneté n'existe pas en dehors des limites d'une convention collective, sauf si l'employeur « fait preuve de bonne volonté », comme l'a judicieusement indiqué feu le juge en chef Bora Laskin...

...

Il convient également de garder à l'esprit que dans la présente affaire, la mise à exécution des mesures de redressement implique que la CFTC et le groupe Cairns en viennent à un arrangement mutuellement satisfaisant afin que l'on procède à l'intégration des listes d'ancienneté. Dans la mesure où ils s'entendent sur la signification des termes « date d'entrée en fonction comme agent de train » et où ils sont en mesure de les appliquer pour régler leurs divergences, le Conseil est enclin à ne pas s'ingérer dans la situation. Les observations de la CFTC selon lesquelles l'intégration des listes d'ancienneté élimine la distinction entre les mécaniciens de locomotives avant le projet ENSV et les chefs de train qui obtiennent le titre de

mécaniciens de locomotives après la mise en oeuvre du projet ENSV reflètent avec exactitude l'intention du Conseil.

...

Par conséquent, les termes « date d'entrée en fonction comme agent de train » doivent se voir attribuer la signification claire et non équivoque de ces termes fréquemment utilisés dans le secteur ferroviaire, apparemment bien compris par les syndicats et appliqués par VIA à son personnel itinérant.

(pages 8-11)

[118] Il y a diverses manières d'établir l'ordre d'ancienneté. Il n'est pas rare que l'ancienneté soit calculée à partir de la date d'embauche, de la date d'obtention d'un poste précis, de la date d'arrivée au sein d'une certaine division ou de l'adhésion à une unité de négociation donnée. Souvent, comme c'est d'ailleurs le cas en l'espèce, divers types d'ancienneté coexistent et servent à des fins différentes dans une même convention collective.

[119] Dans ses motifs de décision, le Conseil a reconnu que l'« ancienneté » n'est pas un droit ou un concept absolu, mais qu'elle est plutôt définie par les parties en fonction de leur milieu de travail. De plus, en choisissant « l'ancienneté à titre d'agent de train », le Conseil a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de redressement, car il estimait que c'était le type d'ancienneté qui permettrait de remédier à la violation du *Code*.

[120] VIA a cherché à obtenir le réexamen de la décision selon laquelle le Conseil avait choisi l'ancienneté à titre d'agent de train, et ce, en alléguant que cette décision modifiait la décision 230, qu'elle comportait des erreurs de droit et de principe et qu'elle avait enfreint les principes de justice naturelle garantis à VIA (voir la décision 381, paragraphes 71 et suivants). VIA a soutenu que le Conseil avait tout simplement changé d'idée parce qu'il n'avait pas compris la différence entre la date d'entrée en fonction comme agent de train et la date d'embauche.

[121] Un banc de révision a analysé les arguments de VIA, mais il les a rejetés. À son avis, le Conseil avait simplement précisé le sens du paragraphe 123 de la décision 230, et VIA voulait que le Conseil modifie cette signification (voir le paragraphe 85 de la décision 381). Le banc de révision a aussi rejeté les arguments fondés sur la justice naturelle. Il a conclu ses motifs en exhortant les parties à redoubler d'effort pour régler les questions demeurant en litige.

L – Nouvelle demande de réexamen

[122] Après que la Cour d'appel fédérale a rendu son arrêt et que la Cour suprême du Canada a rejeté la demande d'autorisation d'appel à l'égard de la décision 230 et après que la Cour d'appel fédérale a rendu l'arrêt *Via Rail Canada c. Cairns* [2005] 1 RCF 205 (demande d'autorisation d'appel rejetée le 20 janvier 2005), VIA a de nouveau demandé au Conseil de réexaminer a) la LD 1225 (voir ci-dessus) et b) la décision 35, la décision *George Cairns*, 2001 CCRI 111 (la décision 111) et la décision 230. VIA fondait sa demande de réexamen des décisions relatives aux redressements sur la décision *TELUS Communications inc.*, 2005 CCRI 317 du Conseil, rendue le 20 avril 2005. VIA a affirmé que, dans la décision *TELUS*, le Conseil était revenu sur sa décision antérieure d'imposer les modalités d'une convention collective (soit directement, soit par l'intermédiaire de l'arbitrage) et que, en l'espèce, cette « nouvelle approche » devait être appliquée aux ordonnances de redressement encore en instance. VIA a de nouveau protesté quant au fait qu'elle était tenue responsable dans le contexte d'une plainte de manquement au devoir de représentation juste. Elle a aussi soulevé plusieurs autres motifs de protestation, certains qui étaient nouveaux et d'autres qu'elle avait déjà présentés. Le banc du Conseil qui a instruit cette demande a refusé tous les réexamens demandés, et ce, pour les motifs exposés dans la décision 381, motifs qui ont fait l'objet d'un réexamen ultérieur, mais qu'il n'est pas nécessaire de reproduire de nouveau.

IV – Principes de dédommagement

A – Le dédommagement prévu à la décision 230

[123] Au final, parmi tous les plaignants formant le groupe Cairns, qui ont été divisés entre le groupe 1 et le groupe 2 dans la décision 372, seuls les membres du groupe 1 ont maintenant droit à un dédommagement. Comme l'explique la décision 372, le groupe 1 comprend trois sous-groupes :

[21] Le groupe 1 comprend i) les anciens chefs de train de VIA qui ont réussi à l'entrevue, qui sont prêts à être classés par ordre d'ancienneté et qui sont inscrits sur la liste d'admissibilité; ii) les anciens chefs de train de VIA déjà admissibles à la formation et qui n'étaient pas requis de se soumettre aux tests; et iii) les anciens chefs de train de VIA qui sont réputés avoir des problèmes médicaux. Ceux qui font partie du groupe 1 sont indéniablement admissibles à une indemnité. Pour les motifs exposés précédemment, tous les chefs de train qui satisfont aux conditions d'admissibilité se verront attribuer fictivement un poste vacant et auront droit à une indemnité...

[124] Les parties ne s'entendent pas sur les redressements auxquels ce groupe a droit, car elles interprètent la décision 230 de façons diamétralement opposées.

[125] Conformément au sous-paragraphe 141ix) de la décision 230, une liste d'admissibilité a été dressée. Le nombre de postes de mécanicien de locomotive qui étaient vacants en date du 1^{er} juillet 1998 ou qui le sont devenus depuis dépasse le nombre de chefs de train figurant sur la liste d'admissibilité. Ainsi, en application du sous-paragraphe 141x), chaque chef de train admissible :

[141] ...

x) ... a droit au dédommagement pécuniaire tenant lieu de redressement, ainsi que le prévoient les conclusions du Conseil... Les chefs de train qui n'ont pas réussi à obtenir le titre de mécanicien de locomotive ou qui ne pouvaient pas poser leur candidature à cause d'un problème médical ont droit aussi au dédommagement, mais il n'est pas nécessaire de leur attribuer un poste vacant.

...

xiv) Le Conseil déterminera ensuite le montant du dédommagement à accorder à chaque demandeur...

(décision 230)

[126] Le sous-paragraphe 141xiv) prévoit que (après la présentation des observations écrites quant aux réclamations) « [l]e Conseil déterminera ensuite le montant du dédommagement à accorder à chaque demandeur ». La décision 230 comporte d'autres éléments qui indiquent les intentions du Conseil au sujet du dédommagement :

[139] ... pour rétablir totalement les chefs de train dans la situation où ils auraient été, les conclusions du Conseil sont de grande portée...

[140] Le Conseil a dès lors décidé d'offrir un autre type de dédommagement. Il s'agit d'un montant forfaitaire tenant lieu de redressement complet...

[127] La mention d'« un autre type de dédommagement » sous-entend quelque chose de différent de ce dont traitait la partie IV, une autre approche. Toutefois, cette mention doit être interprétée en tenant compte des explications précédentes qui avaient été données aux paragraphes 74 à 76, qui sont reproduits ci-dessus, où le Conseil a expliqué qu'il avait analysé la situation sous « deux angles différents » aux parties IV et V. Il n'est pas tout à fait facile de comprendre ce que le Conseil a voulu dire en parlant d'« une approche plus nuancée », mais le paragraphe 76 est instructif à cet égard.

Abstraction faite de la référence aux chefs de train ne faisant pas partie du groupe 1, le Conseil s'y est prononcé de la sorte :

[76] Il découle de cette approche que les facteurs dont il faut tenir compte pour façonner un redressement ont été analysés en premier, suivis de l'ordonnance de redressement qui tient compte des considérations de la première analyse. En conséquence, l'ordonnance exécutoire du Conseil comprend un dédommagement pour les chefs de train qui auraient dû obtenir un emploi chez VIA après le 1^{er} juillet 1998... En préparant leur argumentation sur le montant du dédommagement, **les parties doivent tenir compte de la valeur pécuniaire des facteurs envisagés par le Conseil...**

(décision 230; c'est nous qui soulignons)

[128] Ce dernier passage démontre que le dédommagement pécuniaire alternatif accordé à la partie V n'est pas entièrement distinct de l'analyse de la partie IV, car les argumentations relatives au dédommagement devaient tenir compte des « facteurs envisagés par le Conseil ». D'autres observations présentées dans la décision 230, avant la partie V, sont donc pertinentes à l'égard de la question des redressements.

[129] Du paragraphe 50 au paragraphe 76, le Conseil s'est penché sur les « Principes applicables aux ordonnances de redressement du Conseil ». Il s'agit notamment du critère formulé dans *Royal Oak*, examiné ci-dessus, de l'importance des compétences spécialisées du Conseil pour concevoir un redressement et de la portée de l'article 99. Le Conseil s'est exprimé de la sorte au paragraphe 56 :

[56] Le cinquième principe, qui est tiré du droit civil du dédommagement, est celui de la restitution en entier (*restitutio in integrum*), ce qui veut dire que la partie lésée doit être remise dans l'état où elle se trouvait avant la violation, en autant qu'on peut réparer un tort avec de l'argent, mais elle est tenue de prendre des mesures raisonnables pour atténuer ses pertes (voir *Foreman v. Via Rail Canada inc.* (1980), 1 C.H.R.R. D/233). Voir aussi *Société Radio-Canada c. Association des réalisateurs*, précité :

« [7] Nous ne partageons pas cet avis. **Le Conseil** après avoir cité les propos du juge Cory dans l'affaire *Royal Oak Mines inc. c. Canada* (*Conseil des relations du travail*), [1996] 1 R.C.S. 369 **a tenté de replacer la défenderesse dans la situation où elle aurait été si la violation ne s'était pas produite** (voir en particulier *Royal Oak*, paragraphe 90 tel que cité par le Conseil à la conclusion du paragraphe 79 de ses motifs).

[8] La demanderesse prétend que là n'est pas l'effet de la mesure de redressement. Il lui incombait toutefois de démontrer en quoi la mesure conçue par le Conseil n'atteignait pas le but recherché. **À cet égard, il est utile de rappeler que la mesure n'a pas à être parfaite...**

(page 4; c'est nous qui soulignons) »

(décision 230)

[130] Au paragraphe 58, le Conseil a conclu que l'état d'esprit de l'intimée n'est pas pertinent et que l'on ne peut pas en tenir compte pour atténuer sa responsabilité. Aux paragraphes 59 à 61, le Conseil a mentionné trois facteurs supplémentaires dont il doit tenir compte lorsqu'il rend une ordonnance de redressement intégral :

[59] En plus des cinq principes décrits précédemment, le Conseil doit tenir compte du temps écoulé et, dès lors, des changements qui sont survenus depuis que la décision initiale a été rendue. Les chefs de train qui n'ont pas obtenu le titre de mécanicien de locomotive ne sont plus employés par VIA; certains travaillent maintenant au CN, d'autres ont accepté des indemnités de départ. Des mécaniciens de locomotive qui étaient employés par le CN travaillent maintenant chez VIA. Un grand nombre de chefs de train ont pris leur retraite, et ainsi de suite. Autrement dit, les facteurs dont le Conseil avait tenu compte pour rendre ses ordonnances en octobre 1999 ne sont plus pertinents aujourd'hui, ayant été remplacés par d'autres, parmi lesquels figurent en évidence la croissance de VIA et le fait que le CN s'est révélé un joueur réticent dans l'affaire qui nous occupe. **Le temps a également fait monter considérablement les enchères sur le plan financier, ce qui expliquerait que les parties ont été incapables de se résoudre à renégocier les modalités de l'ECÉ en application de l'ordonnance du Conseil. Si le temps a fait monter les enchères, il a aussi eu pour effet de perturber la vie privée des chefs de train.**

[60] Le Conseil est d'avis que la lenteur à atteindre les résultats faisant l'objet de la présente ordonnance est la conséquence directe de la violation de l'article 37 du *Code* par la FIL. **Limitier l'ordonnance de redressement à cause de ce facteur équivaudrait à imputer la responsabilité aux parties lésées, en l'occurrence les chefs de train.** En outre, on sait que des parties à un litige sont capables de faire traîner des affaires en longueur de manière à ce que cela ait une incidence sur le montant du dédommagement et la période visée par une décision.

[61] Le Conseil tient compte également de la perte de dignité professionnelle qu'ont subie les chefs de train à la suite de l'application de l'ECÉ, de l'incertitude insupportable dans laquelle ils vivent depuis cinq ans quant à leur avenir professionnel ainsi que des effets dévastateurs que cela a eu sur leur vie familiale.

(décision 230; c'est nous qui soulignons)

[131] Au paragraphe 124, le Conseil s'est prononcé sur la façon dont il fallait dédommager les chefs de train qui auraient pu ou dû être formés comme mécaniciens de locomotive pour la perte salariale qu'ils ont subie parce qu'ils n'avaient pas été formés et que les listes d'ancienneté n'avaient pas été intégrées. Le Conseil a par ailleurs reconnu la grande difficulté du calcul des pertes réelles :

[124] À titre de redressement pour la perte salariale qu'ils ont subie en raison de la violation de leurs droits d'ancienneté, les chefs de train devraient recevoir un montant rétroactif égal à la perte salariale comme mécanicien de locomotive, ayant reçu la formation et obtenu les titres de compétence, à compter de la date à laquelle le premier des anciens chefs de train a terminé avec succès le programme de formation des mécaniciens de locomotive (date réputée d'obtention du titre). Vu les années écoulées, il est pratiquement impossible de reconstituer les horaires pour calculer le montant de la perte salariale à partir de cette date. **Le Conseil propose dès lors d'utiliser le taux moyen de rémunération des mécaniciens de locomotive qui sont rattachés au même complexe ferroviaire ou au même district d'ancienneté que les chefs de train concernés.**

(décision 230; c'est nous qui soulignons)

[132] Au paragraphe 126, le Conseil a abordé la situation des employés qui étaient retournés au CN mais qui avaient dû changer de complexe ferroviaire. Cette question est particulièrement importante dans le cas de la réclamation de M. Cairns :

[126] Les conducteurs qui ont été contraints de retourner travailler au CN à cause de la décision arbitrale et qui ont ensuite été obligés d'accepter un poste dans un autre complexe ferroviaire pour continuer à travailler, mais qui n'ont pas eu droit à l'indemnité de réinstallation qui leur aurait été versée en temps normal **devraient recevoir un montant de 25 000 \$ à titre de dédommagement pour ce transfert.**

(décision 230; c'est nous qui soulignons)

[133] Cette observation a trait aux redressements. Le Conseil n'a pas conclu que ces chefs de train ont droit à cette somme-là en application de la convention collective, quoiqu'il s'est manifestement fondé, par analogie, sur une clause de la convention collective pour fixer le montant de ce dédommagement. De même, le Conseil s'est prononcé de la façon suivante au paragraphe 128 :

[128] Il est certain que la décision d'autoriser les chefs de train à solliciter des transferts dans l'ensemble du réseau de VIA aura une incidence négative sur ses activités. Il aurait pu en être autrement si la FIL et VIA avaient agi plus tôt. En outre, il n'est que plus juste que ces transferts ouvrent droit à une indemnité de réinstallation selon les modalités de la politique applicable.

(décision 230)

[134] Aux paragraphes 134 et 135, le Conseil a donné raison au groupe Cairns à l'égard de deux points qu'il avançait encore. Il s'agit du fait que les postes à VIA sont préférables et que les prestations de retraite y sont meilleures :

[134] Il convient de préciser que le retour inopiné des chefs de train au CN n'a pas été sans causer son lot de problèmes. Comme la plupart avait quitté le CN depuis un certain temps déjà et que le transport de voyageurs et la manutention de marchandises sont des activités très différentes, le CN ne pouvait pas leur attribuer immédiatement un poste. Par conséquent, il y en a qui ont suivi des cours de recyclage et sont retournés à la vie active; certains sont restés en chômage, d'autres ont pris leur retraite et d'autres encore ont accepté des indemnités de départ du CN, toutes choses qui ont eu une incidence négative sur leurs pensions. Le Conseil tient également compte du fait que les postes les plus convoités dans le secteur ferroviaire sont ceux de VIA; en effet, à la différence des services marchandises, le transport des voyageurs s'effectue selon des horaires réguliers, qui sont la raison d'être des services aux passagers. De plus, le travail exige moins d'efforts physiques. De même, le régime de retraite de VIA est plus généreux que celui du CN, et c'est la raison pour laquelle les mécaniciens de locomotive du CN qui jouissent de droits de transfert tiennent tant à travailler pour VIA pendant les quelques années décisives qui précèdent leur retraite.

(décision 230)

B – Dédommagement pour perte d'emploi futur

[135] Comme il l'a été souligné au début, la présente décision concerne cinq « cas types », dont chacun porte sur des questions distinctes. Toutefois, ces cas soulèvent tous la même question fondamentale : que voulait dire le Conseil dans la décision 230 lorsque, au lieu d'ordonner la formation des chefs de train et leur retour au travail comme mécaniciens de locomotive conformément à une liste d'ancienneté intégrée, il a ordonné que les chefs de train admissibles soient « dédommagés ».

[136] Les parties ne s'entendent sur presque aucun des éléments que l'on pourrait songer à inclure dans un cadre de dédommagement. Elles ne sont pas d'accord sur la période que ce dédommagement doit couvrir, sur la question de savoir si le dédommagement doit inclure une indemnité de retraite ou une autre forme de dommages-intérêts exempts d'impôt, sur la question de savoir si l'obligation d'atténuation s'applique et, le cas échéant, dans quelle mesure, et sur la question de savoir si le dédommagement devrait couvrir tous les objets de plaintes ou s'il doit être cumulatif.

[137] Il existe divers modèles et cadres juridiques qui permettent de quantifier la valeur d'une perte d'emploi. Il y a le concept de congédiement injustifié dans la common law en matière d'emploi, les ordonnances de redressement intégral en matière de pratique déloyale de travail et les redressements en matière de droits de la personne, les décisions dans lesquelles des arbitres décident de ne pas ordonner la réintégration pour une raison ou une autre, et les dommages-intérêts accordés dans le contexte du droit de la responsabilité délictuelle lorsqu'un employé perd la capacité de travailler.

C – Pouvoirs de redressement des commissions des relations du travail

[138] Deux décisions rendues par l'ancien président de la Commission des relations du travail de l'Ontario, M. George Adams, abordent certaines des difficultés que pose l'application d'une approche réparatrice aux pouvoirs de redressement des commissions des relations du travail :

[21] Au paragraphe 32 de la décision *Canada Cement Lafarge Ltd.*, [[1981] OLRB Rep. December 1722], la Commission a souligné que, même si les principes d'évaluation des dommages-intérêts en common law présentent des analogies utiles, les redressements doivent être fondés sur la *Loi des relations de travail* et sur des principes de relations du travail distincts. La Commission s'est prononcée de la sorte :

« Plus tôt dans la présente décision, nous avons dit que le redressement accordé en vertu de l'article 89 et des autres dispositions relatives aux redressements doit être fondé sur la *Loi sur les relations de travail* et sur les dispositions de fond qui sont en cause. Les principes d'évaluation des dommages-intérêts développés en droit contractuel et en droit de la responsabilité délictuelle présentent des analogies utiles, mais, au final, ce sont les principes du droit du travail qui doivent l'emporter. Des concepts juridiques comme la « prévisibilité raisonnable », la « causalité » ou l'« éloignement » reflètent généralement les objectifs du droit contractuel ou du droit de la responsabilité délictuelle. Un examen minutieux révèle que ces principes constituent des formules de répartition des pertes et du risque en fonction des objectifs du droit contractuel et du droit de la responsabilité délictuelle. Essentiellement, il s'agit de l'application de principes à des cas précis. Dans son article très savant, la professeur Swinton a fait l'observation suivante :

« Fuller et Perdue, dans leur article classique intitulé « The Reliance Interest in Contract Damages », ont souligné que, en matière d'exécution des promesses, il est tout aussi important de décider jusqu'où aller que de décider où commencer. Doit-on forcer le promettant en défaut à dédommager le destinataire de la promesse pour toutes les pertes qui résultent de l'inexécution (abstraction faite, pour l'instant, des points de vue divergents quant à la souplesse du concept de la causalité)? Doit-on plutôt le protéger dans une certaine mesure d'une responsabilité qui représenterait un fardeau accablant tout à fait disproportionné par rapport au bénéfice que le promettant s'attendait à tirer du contrat?

Le chauffeur de taxi qui promet de conduire un important homme d'affaires à son avion à temps doit-il être tenu responsable de la perte d'un contrat lucratif parce qu'il a été pris dans un embouteillage? Le manufacturier qui fournit du tissu de qualité inférieure à un fabricant de chemises doit-il être tenu responsable de la perte de commandes futures de clients insatisfaits du produit?

Les tribunaux ont dû trancher des questions difficiles pour décider jusqu'où pousser l'exécution des contrats. Bien qu'ils prétendent appliquer le principe général selon lequel la partie innocente devrait être mise dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été exécuté, ils invoquent inmanquablement des concepts qui limitent la responsabilité de la partie en défaut, à savoir la certitude, la causalité, l'atténuation et la prévisibilité. La présente analyse porte sur le dernier de ces quatre concepts, la prévisibilité.

Dans un passage traitant expressément du principe de la prévisibilité, la professeur Swinton s'est exprimée de la sorte :

« Même si la règle de la prévisibilité est défendable, son application par les tribunaux n'a pas toujours été satisfaisante. Cela tient principalement au fait que les tribunaux ne veulent pas reconnaître que cette « règle » constitue en fait un simple énoncé de principe général. Le choix de considérer certaines pertes comme prévisibles et d'autres non résulte d'une décision de principe délibérée, qui vise à protéger certains intérêts. De telles décisions exigent un approfondissement et une analyse minutieuse de la question, mais il arrive trop souvent que l'application de cette règle soit traitée comme un *exercice* d'établissement des faits, et les seules fois où des efforts ont été faits pour rendre des motifs détaillés, ils constituent surtout une exégèse de l'arrêt de principe *Hadley v. Baxendale*. Des juges et des auteurs de doctrine ont bien cherché à définir le degré précis de prévisibilité nécessaire pour qu'une violation contractuelle donne lieu à un dédommagement, mais les résultats de ces efforts sont d'une abstraction exaspérante...

La caractéristique frappante de tous ces efforts judiciaires visant à établir un critère de prévisibilité est leur inutilité pratique lorsqu'il faut décider si une perte donnée était prévisible compte tenu « des faits de l'espèce ». L'analyse détaillée de la règle de la prévisibilité des dommages présentée dans la décision du lord Reid dans l'affaire du navire *Heron II* suivie de l'application succincte et probante de cette règle aux faits de l'affaire en est un très bon exemple. Pour une affaire donnée, une analyse strictement juridique ou mécanique de la règle ne permet pas d'établir la portée qu'il convient de donner à la responsabilité. Les juges n'arrivent pas à des conclusions de faits en se fondant sur la règle (ou les règles) mentionnée(s) ci-dessus. Ils tranchent plutôt la question importante de savoir qui doit être tenu responsable de la perte causée par la violation contractuelle. Ce faisant, ils modifient parfois le concept de prévisibilité pour répondre à l'évolution des circonstances. »

(Katherin Swinton, *Foreseeability : Where Should the Award of Contract Damages Cease?*, dans Reiter and Swan, *Studies in Contract Law* (1980).

Les débats qui ont fait rage dans le droit de la responsabilité délictuelle au sujet de la question de la perte économique est un exemple classique de la façon dont les principes d'attribution des pertes sont, dans les faits, des décisions de principe qui sont tributaires des objectifs d'un domaine de droit précis. (Voir Linden, *Canadian Tort Law* (1977), p. 367.) La situation est forcément la même en droit du travail. En effet, la jurisprudence portant sur les dommages-intérêts a déjà commencé à dégager des considérations de principe propres au domaine des relations du travail. »

(*Consolidated Bathurst Packaging Ltd.*, [1984] OLRB Rep. March 422; traduction)

[139] Dans *Canadian Contract Law*, 2^e édition, Toronto, LexisNexis Canada, 2009, Angela Swan a résumé la différence entre les objectifs du droit de la responsabilité délictuelle et ceux du droit contractuel :

6.188 Si on considère que la décision d'accorder un dédommagement représente un choix entre la protection de l'intérêt-rétablissement et la protection de l'intérêt-anticipation, le choix est fait entre la mesure de droit de la responsabilité délictuelle et la mesure de droit contractuel. En droit de la responsabilité délictuelle, le dédommagement vise à indemniser le plaignant pour le préjudice qu'il a subi, c'est-à-dire à le mettre dans la situation où il se serait trouvé si l'acte préjudiciable n'avait pas été commis. D'autre part, le droit contractuel vise à mettre le plaignant dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été exécuté...

(traduction)

[140] Les dispositions du *Code* relatives aux pratiques déloyales de travail chevauchent ces deux objectifs. Tout comme le droit de la responsabilité délictuelle, elles visent à établir certaines normes de conduite dans le processus de négociation collective, mais l'objectif est la conclusion de contrats d'emploi collectifs.

[141] Plusieurs des questions soulevées dans les affaires où des commissions des relations du travail doivent se prononcer sur la question des redressements ont été résumées utilement par David Wright et Jerry Raso dans leur ouvrage *Labour Relations Board Remedies in Canada*, 2^e édition, Aurora, Canada Law Book, 2008, surtout au chapitre 9, qui porte sur le dédommagement. Comme ils l'expliquent, l'une des principales différences est l'approche par rapport à l'atténuation lorsqu'un employé cherche activement à être réintégré ou à obtenir une ordonnance prévoyant un « redressement en nature » ou un « redressement intégral ». En l'espèce, le groupe Cairns fait l'affirmation suivante :

Dans la présente affaire, le principe d'atténuation de la common law ne doit pas être appliqué à l'encontre des plaignants. Les plaignants n'ont pas seulement perdu des revenus, mais aussi des droits, des privilèges et des débouchés futurs bien réels. On ne peut pas comparer la présente affaire à une réclamation pour perte de revenus. Il s'agit plutôt d'un cas semblable à la perte de droits précieux. Par conséquent, les principes de l'atténuation ne doivent pas être appliqués à l'encontre des plaignants. Nous renvoyons la vice-présidente aux décisions du professeur Simmons et de l'arbitre Marcotte, qui sont analysées en détail dans nos observations initiales.

(traduction)

[142] Les décisions des arbitres Simmons et Marcotte sont examinées ci-dessous.

[143] Lorsque les dommages sont liés au travail, le droit de la responsabilité délictuelle et le droit contractuel diffèrent à un deuxième égard. Dans de nombreuses affaires de responsabilité délictuelle, l'employé perd la possibilité de travailler en raison du délit. En droit contractuel, la perte d'un emploi donné n'a pas cet effet-là, comme l'a expliqué la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Asamera Oil Corporation Ltd. c. Sea Oil & General Corporation et autre*, [1979] 1 R.C.S. 633 :

... Ainsi, lorsqu'un employeur congédie illégalement un employé, la rupture du contrat donne à ce dernier la possibilité de travailler pour un autre employeur ou tout au moins de lui offrir ses services, une possibilité qu'il n'avait pas avant son congédiement. Cette théorie n'est qu'une explication philosophique du simple critère d'équité et de raison qui détermine l'existence et l'étendue, selon les circonstances, de l'obligation de limiter le préjudice.

Le juge Rand a adopté ce raisonnement dans l'arrêt *Karas et autres c. Rowlett*, [1944] R.C.S. 1, une affaire de fraude qui avait causé une perte de bénéfices, en déclarant, à la p. 8 :

« [TRADUCTION] ... la violation ou le tort causé entraîne une possibilité de travail ou de gain. Cette possibilité est un avantage pour la partie lésée et elle est tenue d'en user de manière raisonnable dans le contexte de la rupture du contrat. »

(page 656)

[144] Ce raisonnement a principalement une incidence sur l'obligation d'atténuer les dommages-intérêts. Cependant, compte tenu des vastes pouvoirs de redressement dont disposent les commissions des relations du travail, on s'attend à ce que, dans la mesure du possible, elles cherchent à rétablir la personne lésée dans la situation où elle se serait trouvée s'il n'y avait pas eu de violation, au lieu de simplement accorder des dommages-intérêts. Ainsi, pendant une certaine période, l'employé lésé peut raisonnablement s'attendre à être réintégré conformément à une ordonnance du Conseil, et cela a une incidence sur l'interprétation des efforts d'atténuation.

[145] Après avoir longuement encouragé les parties à négocier des modalités conformes à leurs obligations légales, le Conseil a imposé ces modalités à titre de redressement dans la décision 230. Cependant, le Conseil a aussi reconnu que la mise en œuvre du redressement en accordant l'équivalent d'une exécution en nature aux employés ayant beaucoup d'ancienneté qui sont en cause – après leur formation – aurait été une solution trop perturbatrice.

[146] L'approche du Conseil quant à l'atténuation a été expliquée dans la décision *Samuel John Snively* (1985), 62 di 112; et 12 CLRBR (NS) 97 (CCRT n° 527) :

Selon le présent Conseil, un employé congédié pour avoir présenté une plainte de violation de l'alinéa 97(1)d) n'est pas obligé de réduire ses dommages. Les tribunaux ont incontestablement conçu cette obligation dans les cas de rupture de contrat ou de congédiement injuste parce qu'alors leur pouvoir de redressement leur permet de replacer le plaignant dans la position où il se serait trouvé s'il n'avait pas été congédié, au sens pécuniaire du terme. Les tribunaux, dans les cas de congédiement injuste, ne sont pas en mesure de réintégrer les employés congédiés. Tout ce qu'ils peuvent faire est de leur accorder un dédommagement pour le salaire et les avantages annexes qu'ils ont perdus du fait de leur congédiement. Dans ces circonstances, l'employé sait de toute évidence que les tribunaux ne pourront lui redonner son emploi et doit par conséquent chercher un autre travail. C'est pourquoi existe l'obligation de réduction des dommages. La présente affaire est différente car, essentiellement, ce que le plaignant demande, c'est la réintégration dans un poste dont il a été congédié et le remboursement du salaire qu'il aurait gagné. Le Conseil ne croit pas que ledit employé doit réduire les dommages en cherchant un autre emploi alors que tous les efforts raisonnables sont déployés pour qu'il puisse réintégrer l'emploi dont il a été injustement congédié.

...

Deuxièmement, en ce qui concerne la réduction des dommages, le Conseil doit déterminer s'il devrait déduire des sommes dues par l'employeur le montant effectivement gagné par M. Snively depuis son congédiement. En règle générale, dans des affaires de ce genre, nous partons du principe voulant que les employés ne tirent pas d'avantages de leur congédiement, c'est-à-dire qu'ils devraient être replacés dans la même situation où ils se seraient trouvés s'ils n'avaient pas été congédiés. Si la somme obtenue par M. Snively, c'est-à-dire 3 607 \$, n'était pas déduite du montant exigible de l'employeur, M. Snively aurait en fait gagné davantage en étant congédié qu'en demeurant à son emploi. Par conséquent, même si M. Snively n'était pas obligé de réduire les dommages, encore qu'il l'eut fait, ledit montant de 3 607 \$ gagné par celui-ci sera déduit du dédommagement ordonné par le Conseil.

(pages 119-120; et 105-106)

[147] La réintégration et le droit ultérieur de ne pas être congédié en l'absence d'un motif valable comportent la promesse implicite de la possibilité d'exercer un emploi à long terme – à condition de ne pas donner à l'employeur de motif valable de congédiement – et de recevoir la rémunération afférente. Plus le secteur économique est dynamique et plus les droits d'ancienneté sont importants, plus cette promesse implicite est forte. D'ailleurs, si un régime de retraite est en jeu, il se peut bien que l'employé profite d'avantages pécuniaires toute sa vie. L'expression « redressement intégral »

sous-entend le droit au calcul illimité de la valeur économique d'un emploi, une valeur dont on ne peut soustraire que le montant de la rémunération réelle ou potentielle lorsque vient le moment d'atténuer les pertes.

[148] En common law, le droit du travail fixe une limite qui repose sur deux facteurs. D'abord, l'employeur a le droit de mettre fin au contrat d'emploi sans motif valable et il n'a pas à craindre de devoir réintégrer l'employé ultérieurement, car ce dernier ne peut pas obtenir l'exécution en nature à titre de redressement. Ensuite, les tribunaux statuent depuis longtemps que le préavis raisonnable de congédiement est au plus d'environ deux ans. Cela fixe un plafond aux dommages-intérêts qui peuvent être accordés en vertu de la common law. En revanche, la plupart des conventions collectives interdisent le congédiement unilatéral en l'absence de motif valable, prévoient le recours à l'arbitrage et, en cas de décision favorable, promettent l'exécution en nature sous forme de réintégration. Lorsque le plafond de deux ans de la common law ne s'applique pas, mais que la réintégration – solution habituelle – est refusée pour une raison ou une autre, la question est de savoir comment on peut justifier une restriction du dédommagement auquel a droit l'employé pour ses pertes réelles ou prévues. Dans les décisions publiées, les arbitres et les commissions des relations du travail ont tendance à expliquer les fondements des redressements qui ont été accordés, mais les raisons pour lesquelles les réclamations des employés ont été rejetées sont habituellement moins claires. Cela témoigne de l'absence d'un principe clair et bien établi.

[149] Ces questions ne sont pas nouvelles. Dans son ouvrage intitulé *Employment Law in Canada*, 4^e édition, Toronto, Butterworths, 2005, et dans certains autres écrits, le professeur Geoff England explique que le flottement entre le principe du « redressement intégral » et celui du « préavis raisonnable de changement » (traduction) découle de divergences philosophiques plus profondes. Par exemple, il fait l'observation suivante dans l'introduction de la partie III (4^e édition), intitulée « Termination of employment » (congédiement) :

III.9 Il faut analyser les règles de common law et la législation qui régissent le congédiement dans le contexte de l'opposition entre le paradigme des « droits » et le paradigme de l'« efficacité », opposition dans laquelle baigne le droit du travail canadien dans son ensemble... À cet égard, le droit du travail se trouve en ce moment à la croisée des chemins : certains tribunaux et législateurs veulent élargir davantage les « droits » des employés, alors que d'autres favorisent des politiques qui permettraient aux employeurs de se débarrasser à moindre coût des employés dont ils ne veulent plus, et ce, au nom de la maximisation de l'« efficacité ». La troisième partie du présent ouvrage traite de l'équilibre actuel entre ces deux

paradigmes en ce qui a trait à l'évolution de la législation et de la common law et elle propose des façons de rajuster cet équilibre.

(traduction)

[150] Le groupe Cairns fait valoir que, par le terme dédommagement, la vice-présidente Pineau entendait une ordonnance de redressement intégral, du type qui est décrit à la partie IV de la décision 230, et seulement modifiée afin de quantifier la valeur des aspects du redressement pour lesquels l'exécution en nature serait trop perturbatrice ou difficilement applicable.

[151] Le groupe Cairns affirme que le Conseil a appliqué cette approche globale quant au redressement intégral des violations du devoir de représentation juste, comme en font foi les décisions du CCRT dans l'affaire *Eamor* (voir la décision *Brian L. Eamor* (1996), 101 di 76; 39 CLRBR (2d) 14; et 96 CLLC 220-039 (CCRT n° 1162) (la décision 1162), et la décision *Brian L. Eamor* (1998), 107 di 103 (CCRT n° 1234) (la décision 1234).

[152] Les réclamations sur lesquelles portait l'affaire *Eamor* avaient surtout trait aux frais de diverses procédures, et non à des pertes de salaire. Dans cette affaire, le CCRT a conclu à de graves manifestations de mauvaise foi de la part du syndicat et de certains de ses dirigeants qui, pour des raisons personnelles, avaient dénoncé un employé à son employeur, puis entravé les démarches de l'employé pendant les processus de grief et d'arbitrage. Dans cette affaire-là, le Conseil a fait référence au vaste pouvoir discrétionnaire que lui confère l'article 99 du *Code* afin d'accorder un « redressement intégral » aux plaignants qui ont gain de cause (voir pages 108-109; 50-51; et 143,184 de la décision 1162).

[153] Dans la décision 1234, après avoir fait référence à l'arrêt *Royal Oak Mines inc. c. Canada (Conseil des relations du travail)*, précité, le Conseil s'est exprimé de la sorte :

Le redressement accordé par le Conseil en l'espèce vise à replacer le plaignant dans la situation dans laquelle il aurait été si le *Code* n'avait pas été violé; en d'autres termes, l'indemnité accordée devrait autant que possible parer aux effets de la violation du *Code* par le syndicat.

Dans *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, la Cour suprême du Canada a fait des remarques au sujet des pouvoirs de redressement du Conseil, destinés à indemniser le plaignant qui a gain de cause.

« Ces dispositions réparatrices améliorent considérablement la situation en common law d'une personne lésée. En common law, les tribunaux ne pouvaient accorder que des dommages-intérêts, alors que le *Code canadien du travail* prévoit un large éventail de réparations « intégrales ». L'éventail des redressements reconnaît que souvent l'attribution de dommages-intérêts remédiera peu aux effets d'un manquement. Le Parlement a substitué un régime de redressements général et complet de beaucoup supérieur à l'attribution de dommages-intérêts prévue en common law...

(page 1318) »

Cet aspect du redressement « intégral » a été confirmé par la Cour dans *Royal Oak*, précité...

(page 107)

[154] À tout le moins, l'approche de common law a eu une certaine influence sur les approches adoptées par les commissions des relations du travail pour quantifier les pertes économiques à long terme qui résultent de la perte d'un emploi syndiqué. Dans *Jan Dezentje, Gordon Dombrosky, Denis Roy, William Warchow, General Presidents Maintenance Committee and Delta Catalytic inc. v. Jim Bendfeld and IBEW Local 424*, [2005] Alta. L.R.B.R. 380 (*Jan Dezentje et autres*), le soussigné a dû, à titre de vice-président de la Commission des relations du travail de l'Alberta (la CRTA), évaluer les pertes de revenu d'emploi subies par trois employés qui avaient réussi à démontrer que leur syndicat avait enfreint son devoir de représentation juste en ne renvoyant pas leurs griefs à l'arbitrage.

[155] La CRTA s'est penchée sur l'approche de la common law en matière de dommages-intérêts ainsi que sur les principes d'éventualité et d'atténuation qui s'y appliquent, même dans les cas où la période d'emploi dépassait le plafond de deux ans fixé par la common law. La CRTA a fait les observations suivantes aux paragraphes 23 à 25 :

[23] Peu importe si les principes du droit en matière de congédiement injustifié s'appliquent directement ou non, ils ont à tout le moins une influence indirecte. L'une des raisons de principe qui expliquent pourquoi un tel plafond est normalement imposé dans de ce genre d'affaires (et il n'est pas nécessaire de débattre maintenant du montant exact qui est en cause, le cas échéant), c'est qu'il représente une période raisonnable pendant laquelle la personne peut trouver un autre emploi. Ce plafond peut donc servir d'analogie quant à la question de l'atténuation. On peut s'attendre à ce que, après un certain temps, l'employé licencié réussisse à trouver un nouvel emploi.

[24] Cet élément s'accorde avec un deuxième principe reconnu de longue date en droit en matière de dommages-intérêts, à savoir la nécessité de tenir compte des impondérables. Bien qu'un employé puisse être convaincu qu'il conservera son emploi toute sa vie et qu'il puisse estimer avoir droit à une sécurité d'emploi à vie (comme les employés en cause l'ont pratiquement confirmé), la vie peut lui amener une série d'imprévus, ce qui permet difficilement d'accorder des dommages-intérêts en se fondant sur cette présomption. Ce facteur justifie lui aussi de fixer un plafond aux dommages-intérêts accordés pour une perte d'emploi.

[25] La jurisprudence en matière de congédiement injustifié ne fait pas fi de l'argument selon lequel l'employé peut parfois s'attendre à conserver son poste jusqu'à sa retraite. Par exemple, cet argument avait été mis de l'avant dans l'affaire *Michaels v. Red Deer College*, précitée. Bon nombre de décisions qui accordent des redressements s'approchant du plafond sont justement fondées sur une expectative d'emploi jusqu'à la retraite, qui est habituellement conjuguée à un type de compétence spécialisée qui rend plus difficile la tâche de trouver un nouvel emploi. Il s'agit toutefois d'un facteur qui ne s'applique pas aux électriciens à Fort McMurray.

(*Jan Dezentje et autres*, précitée; traduction)

[156] Le groupe Cairns souligne que, contrairement à la présente affaire, les plaignants dans l'affaire *Jan Dezentje et autres* ne jouissaient pas d'une protection de l'ancienneté comparable à ce que prévoit le contrat avec VIA.

D – Dommages-intérêts pour congédiement injustifié

[157] Selon VIA, la meilleure façon de définir le dédommagement accordé dans la décision 230 est de s'inspirer des règles utilisées dans les affaires de congédiement injustifié. Elle soutient que, dans ces affaires-là, quand des arbitres choisissent d'accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner la réintégration, ils appliquent l'approche de common law qui consiste à déterminer la durée du préavis qui aurait été raisonnable dans les circonstances. Les employés reçoivent ensuite une somme correspondant aux revenus perdus pour cette période, sous réserve des règles d'atténuation.

[158] Les principes de common law applicables ont été bien établis dans *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H. C. Ont.) et dans des arrêts de la Cour suprême du Canada allant de *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701 à *Honda Canada inc. c. Keays*, 2008 CSC 39; [2008] 2 R.C.S. 362.

[159] VIA invoque trois décisions à l'appui de l'approche qu'elle propose :

Re Carleton Place Police Services Board and Drummond (2003), 120 L.A.C. (4th) 290 (Simmons), pages 297 et 298;

Re TISI Canada inc. and Quality Control Council of Canada (Murphy) (2007) 164 L.A.C. (4th) 186 (Casey);

Re Alberta and Alberta Union of Provincial Authorities (Van Steenoven) (1999), 83 L.A.C. (4th) 436 (Moreau).

[160] Dans *Re Carleton Place Police Services Board and Drummond*, précitée, l'arbitre Simmons s'est penché sur la façon dont un chef de police devait être dédommagé après qu'il avait été décidé que le service de police allait être dissous. Dans une large mesure, l'arbitre Simmons s'est fondé sur une décision antérieure rendue dans des circonstances semblables (voir *The Town of Wiarton and Chief Constable Alfred Schultz*, no. OPAC 88-021, 15 juin 1988 (Conseil d'arbitrage de l'Ontario) (*Warton*)). L'arbitre Simmons a d'abord exposé les principes applicables aux affaires de congédiement injustifié, y compris l'arrêt-clé *Bardal v. Globe & Mail Ltd.*, précité, puis il s'est exprimé de la sorte en appliquant ces principes :

J'ai conclu que le principe du préavis raisonnable provenant du droit civil – adapté aux réalités des services de police et aux circonstances particulières de l'espèce – peut guider de façon appropriée le règlement de la présente affaire, et ce, pour trois raisons. Premièrement, une question rhétorique : « Si l'on ne se fonde pas sur le principe du préavis raisonnable, sur quoi faut-il se fonder ? » Toute décision quant au montant du dédommagement approprié pour un congédiement injuste doit être fondée sur un principe – elle ne peut pas être aléatoire ou inventée de toutes pièces. Je n'ai pas trouvé de meilleur principe sur lequel fonder ma **décision**, et on ne m'en a pas proposé de meilleur.

Deuxièmement, le principe du préavis raisonnable n'est pas une solution radicale qui entraîne une décision automatique. Comme l'a mentionné le juge en chef McRuer, il s'agit d'un concept qui permet de tenir compte d'un grand nombre de facteurs disparates et qui, on l'espère, peut être appliqué avec compassion et bon sens. Bref, c'est un principe qui s'adapte bien aux circonstances et, en l'espèce, dont le résultat peut refléter les circonstances particulières des services de police et la situation de la municipalité de **Warton**.

Troisièmement, les parties ont essentiellement convenu que l'approche du préavis raisonnable est indiquée en l'espèce, à la seule différence que, selon M. Cork, lorsqu'une affaire concerne un chef de police, ce principe ne doit pas être appliqué tout à fait de la même manière que devant un tribunal civil.

Ainsi, pour tous ces motifs, la présente décision est fondée sur le principe de common law du préavis raisonnable, avec, dans la mesure du possible, les adaptations nécessaires pour tenir compte des circonstances inhabituelles de la situation du chef Schultz et de la municipalité de **Warton**.

(*Re Carleton Place Police Services Board and Drummond*, précitée, pages 29-30; traduction)

[161] Ni la décision *Warton* ni la décision *Re Carleton Place Police Services Board and Drummond*, précitée, ne portaient sur une situation où une convention collective s'appliquait; ces affaires ont été tranchées en arbitrage en application de la loi. La décision *Re TISI Canada inc. and Quality Control Council of Canada (Murphy)*, précitée, portait sur un congédiement motivé par une violation de l'expectative de confidentialité pendant une enquête en matière de harcèlement.

L'arbitre Casey a conclu que la conduite en cause méritait d'être sanctionnée, mais que le congédiement était une pénalité trop sévère; selon lui, une suspension sans solde d'un mois aurait été plus appropriée. Cependant, l'arbitre a aussi conclu qu'il était impensable de réintégrer la personne au bureau de Fort McMurray, là où la victime de la violation de confidentialité travaillait, et que la relation d'emploi n'était plus viable. Il a plutôt accordé des dommages-intérêts. Dans son ordonnance, l'arbitre Casey a accordé une somme équivalant à huit mois de salaire perdu, moins la suspension sans solde d'un mois, plus les dépens, mais moins le produit des efforts d'atténuation. Contrairement à ce qu'affirme VIA, il semble que l'employé congédié avait moins de deux ans d'ancienneté. La décision ne comporte pas d'explication détaillée des principes sur lesquels elle était fondée, mais seulement des motifs ayant trait aux faits.

[162] De même, dans *Re Alberta and Alberta Union of Provincial Authorities (Van Steenoven)*, précitée, l'arbitre a conclu que le congédiement était une sanction trop sévère, mais que la réintégration n'était pas indiquée. Il a plutôt décidé d'y substituer un dédommagement correspondant à 21 mois de salaire, et ce, pour un employé ayant 27 ans d'ancienneté. Dans cette affaire-là, l'employeur avait pressé la commission de s'inspirer des dispositions de la convention collective ayant trait aux indemnités de départ et aux mises à pied. Pour sa part, le syndicat affirmait que :

... l'employé s'estimant lésé a droit à un dédommagement pécuniaire équivalant à un mois de salaire par année de service, soit un total de 27 mois pour la période postérieure à la date de la décision, ainsi qu'à une indemnisation complète, moins la rémunération constituant atténuation, pour la période allant de la date du congédiement à la date de la décision. De plus, le syndicat demande que le dédommagement inclue aussi une somme au titre des avantages sociaux, de la paie de vacances et des droits à pension perdus ainsi que les intérêts.

(page 440; traduction)

[163] L'arbitre a rejeté ces deux approches :

Avec tous les égards, le présent banc ne peut pas souscrire à l'approche du syndicat. Le fait qu'un employé jouisse d'un droit de réintégration en vertu d'une convention collective en cas de congédiement injuste, que ce soit pour une conduite blâmable ou non, ne se traduit pas en un droit d'être remboursé automatiquement pour la période allant de la date du congédiement à la date de la décision arbitrale qui lui donne gain de cause. Le droit de réintégration est important et découle habituellement d'une conclusion de violation des dispositions relatives à la nécessité d'un motif valable. Toutefois, lorsque la réintégration n'est pas indiquée, il faut plutôt évaluer les dommages qui découlent de la violation.

Nous estimons que, dans de tels cas, la meilleure façon d'évaluer les dommages-intérêts est de suivre l'approche de la common law, retenue dans les affaires *Stech* et *Ulmer*, qui consiste à déterminer la durée

du préavis qui aurait été raisonnable dans les circonstances. Les facteurs dont il faut tenir compte incluent notamment ceux qui ont été énoncés dans la décision *Bardal v. the Globe & Mail Ltd.* De plus, nous avons accordé de l'importance aux dispositions de la convention collective ayant trait à la sécurité d'emploi pour déterminer la durée du préavis raisonnable.

(pages 447-448; traduction)

[164] Il semble clair que, dans *Re Alberta and Alberta Union of Provincial Authorities (Van Steenoven)*, précitée, l'arbitre a rejeté l'approche fondée sur une formule à deux volets – dont le premier élément est le remboursement intégral des pertes de salaire, moins le produit de l'atténuation entre la date du congédiement et la date de la décision, et le deuxième, une indemnité de départ en fonction des années de service fondée sur la common law –, mais qu'il s'est plutôt inspiré du critère de la common law, tout en tenant compte de la sécurité d'emploi garantie par la convention collective, afin de déterminer la durée du préavis raisonnable.

[165] Dans bon nombre d'affaires plus récentes où la réintégration n'a pas été ordonnée, les arbitres se sont penchés sur la question de savoir s'ils devaient accorder des dommages-intérêts en fonction d'une approche de common law modifiée. Ces décisions sont passées en revue dans la prochaine section.

E – Décisions arbitrales accordant des dommages-intérêts au lieu de la réintégration

[166] On peut établir une analogie étroite entre, d'une part, la question du dédommagement qui est en cause dans la présente affaire et, d'autre part, la situation d'employés protégés par une convention collective qui sont congédiés sans motif valable et qui auraient normalement le droit d'être réintégrés, mais qui ne le sont pas en raison de circonstances extraordinaires. Depuis longtemps, les arbitres statuent qu'ils ont le pouvoir discrétionnaire d'accorder des dommages-intérêts au lieu d'ordonner la réintégration. La Cour suprême du Canada a mis fin à tout doute quant à l'existence de ce pouvoir dans l'arrêt *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, 2004 CSC 28; [2004] 1 R.C.S. 727.

[167] Il est exceptionnel que les arbitres accordent ce redressement. Cela explique peut-être le faible nombre de décisions où les principes applicables sont analysés ainsi que l'éventail de circonstances où ce redressement a été appliqué. Les parties ont cité les décisions suivantes :

Re DeHavilland inc. and C.A.W. - Canada, Loc. 112 (Mayer) (1999), 83 L.A.C. (4th) 157 (Rayner);

Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton) (2001), 99 L.A.C. (4th) 1 (Simmons);

Re Canvil and I.A.M.A.W., Lodge 1547 (Stone) (2006), 152 L.A.C. (4th) 378 (Marcotte);

Deigan v. Canada (Treasury Board) (1998), 51 CLAS 356 (Simpson);

Re Slocan Forest Products and IWA Canada Local 1-417, [1996] BCCAAA 275 (Devine);

Re Northwest Territories Power Corp. and Union of Northern Workers (Utye) (1997) 72 L.A.C. (4th) 80 (Jolliffe);

Re Shaver Hospital and C.U.P.E., Loc. 1742 (1991), 20 L.A.C. (4th) 122 (Rayner).

[168] La jurisprudence suivante porte aussi sur ce sujet :

Re NAV Canada and I.B.E.W., Loc. 2228 (Coulter) (2004), 131 L.A.C. (4th) 429 (Kuttner);

B.C. v. B.C.G.S.E.U. (Nar Kambo Grievance) (décision non rapportée, Steeves, 31 août 2009);

Re Cassellhome of the Aged and C.U.P.E. Loc. 146 (2007), 159 L.A.C. (4th) 251 (Slotnick);

Re International Chemical Workers, Local 346 and Canadian Johns Manville Co. Ltd. (1971), 22 L.A.C. 396 (Weiler);

Re Health Sciences Center and C.U.P.E., Loc. 1550 (Werner) (2001), 96 L.A.C. (4th) 404 (Graham).

[169] La décision *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, portait sur un employé dont le congédiement initial avait été annulé, mais qui, en fin de compte, n'avait pas été réintégré. Lorsqu'il s'est penché sur la question du redressement, l'arbitre Simmons a examiné les approches en matière de dommages-intérêts qui avaient été appliquées dans de telles situations, puis il a rendu une décision qui s'éloignait beaucoup des approches qui avaient été appliquées jusqu'alors.

[170] Les faits de cette affaire ont été décrits dans une décision provisoire, rapportée à *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E., Loc. 79* (1999), 78 L.A.C. (4th) 1 (Simmons). L'employé s'estimant lésé travaillait comme infirmier auxiliaire autorisé dans un centre d'hébergement pour hommes. En 1994, lorsqu'il avait été témoin d'une altercation entre deux résidants, il était intervenu et avait maîtrisé l'un des résidants pendant 15 minutes au moyen d'une prise de cou. Ce résidant est décédé trois jours plus tard. Des dépositions ont été prises, mais rien d'autre n'a été fait à ce moment-là. Une enquête policière a ensuite été menée, et il restait possible qu'un coroner soit chargé de faire enquête.

[171] Finalement, un coroner a été chargé du dossier et, pendant l'enquête, l'employeur a pris connaissance de certaines déclarations. L'employeur jugeait que, pendant l'enquête, il était trop tôt pour prendre des mesures disciplinaires, mais, dès la fin de l'enquête, il a congédié l'employé s'estimant lésé en raison de son rôle dans la mort du résidant. Ce congédiement a eu lieu le 28 octobre 1996, soit deux ans et neuf mois après l'incident. L'instruction du grief présenté par le syndicat a pris beaucoup de temps en raison de la complexité du litige et de la présentation de plusieurs objections préliminaires. Une décision sur le fond a été rendue le 14 février 2001 (résumée à 63 CLAS 44). L'arbitre a conclu qu'il y avait motif à ce qu'une sanction soit imposée, mais il a aussi jugé que le congédiement était injuste parce qu'un superviseur, lui aussi impliqué, avait seulement reçu une lettre d'avertissement. Toutefois, l'arbitre a aussi conclu que la relation d'emploi était devenue dysfonctionnelle et il a refusé d'ordonner la réintégration.

[172] Dès lors, la question était de savoir, dans les circonstances, quel devait être le montant des dommages-intérêts accordés à l'employé pour la perte d'emploi qu'il avait subie le 28 octobre 1996, alors que la décision arbitrale de ne pas ordonner la réintégration avait seulement été prise le 14 février 2001, c'est-à-dire quatre ans et trois mois après le congédiement. Compte tenu de l'influence que cette décision a eue sur des décisions arbitrales ultérieures, il est utile d'analyser en détail l'approche adoptée par l'arbitre Simmons. Ce dernier a abordé la question de la façon suivante :

... Ainsi, la question qu'il faut trancher peut être énoncée de deux façons. La première, et la plus courante est de se demander à quels dommages-intérêts l'employé s'estimant lésé a droit. L'autre façon d'aborder le problème est de se demander quelle est la valeur pécuniaire de la perte d'emploi que l'employé a subie en raison de son congédiement. Bien que ces deux questions puissent faire appel à des raisonnements

identiques ou semblables, le résultat peut changer selon les éléments auxquels on accorde de l'importance pour y répondre. En fin de compte, dans la présente décision, il a été décidé d'accorder davantage d'importance à la valeur pécuniaire de la perte subie par l'employé s'estimant lésé qu'au montant des dommages-intérêts auxquels ce dernier avait droit, c'est-à-dire l'approche traditionnellement adoptée par les tribunaux dans les affaires de congédiement injustifié.

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, page 3; traduction)

[173] L'arbitre Simmons a commencé sa décision en décrivant l'approche traditionnelle :

... Je suis d'accord avec ceux qui affirment que, dans les affaires de congédiement injustifié, les arbitres ont habituellement suivi les règles du préavis raisonnable et de l'atténuation qui sont appliquées par les tribunaux de common law... Plus récemment, on peut remarquer une évolution de l'approche adoptée à cet égard par les avocats et les arbitres. Ils semblent maintenant remettre en cause la logique qui a été invoquée pour justifier l'application servile des principes de la common law. Les arbitres commencent plutôt à examiner plus attentivement les conventions collectives ainsi que les protections et les avantages qu'elles fournissent aux membres des unités de négociation qui relèvent de leur sphère de protection. **Il y a une prise de conscience et une acceptation croissantes de la position selon laquelle une convention collective représente un avantage pour le membre d'une unité de négociation, et ce, au-delà de ce à quoi il aurait droit s'il n'était pas protégé par une convention collective.** Les arbitres ont été prêts à adopter cette approche dans une certaine mesure, mais ils semblent refuser d'épouser entièrement le concept de l'avantage que représente en soi une convention collective et ils s'accrochent résolument à certains principes de common law, notamment celui de l'atténuation.

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, page 6; traduction; c'est nous qui soulignons)

[174] Il a ensuite décidé d'adopter une nouvelle approche :

... J'estime qu'il est temps de se pencher de nouveau sur la façon dont il faut dédommager un employé protégé par une convention collective pour la perte d'emploi qu'il a subie parce qu'il a été congédié sans motif valable, mais qu'il n'a pas été réintégré dans son poste auprès de l'employeur.

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, page 7; traduction)

[175] Il a commencé en affirmant que, lorsqu'un employé syndiqué est congédié sans motif valable, il peut raisonnablement s'attendre à être réintégré. C'est seulement dans de rares situations que des employés syndiqués qui avaient été congédiés sans motif valable n'ont pas été réintégrés. Depuis, dans *Alberta Union of Provincial Employees c. Lethbridge Community College*, précité, il a été confirmé que, même si les arbitres ont le pouvoir de refuser la réintégration, cette décision doit être réservée à des circonstances exceptionnelles.

[176] L'arbitre Simmons a ensuite examiné plusieurs décisions où on avait adopté des variantes de l'approche de common law, qui est fondée sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Bardal v. Globe & Mail Ltd.*, précité, et sur le devoir d'atténuation, dont la meilleure description a été faite dans l'arrêt *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324. Il a fait allusion à la première distinction de la façon suivante :

... À mon avis, l'argument le plus convaincant, qui semble d'ailleurs commencer à recevoir un accueil favorable, est celui selon lequel les conventions collectives offrent divers avantages qui n'existent pas dans les secteurs non syndiqués. **L'un des exemples les plus évidents est l'ancienneté, qui confère une certaine sécurité d'emploi dont ne jouissent pas les employés non syndiqués. Cette sécurité d'emploi inclut notamment le droit de supplantation en cas de mises à pied, l'assujettissement des promotions au sein du personnel à certains critères définis et l'interdiction de prendre des mesures disciplinaires sans motif valable...**

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précité, page 8; traduction; c'est nous qui soulignons)

[177] En deuxième lieu, il a mentionné des décisions où les dommages-intérêts accordés au titre des pertes de salaires avaient été « majorés » pour tenir compte des avantages sociaux négociés collectivement. Cela ne constitue pas un virage par rapport à l'approche de common law, qui permet elle aussi de dédommager pour les pertes d'avantages sociaux ou autres pertes semblables, sous réserve de l'application des principes d'éloignement, de prévisibilité et d'atténuation. La technique qui consiste à majorer la rémunération de base pour tenir compte des avantages négociés collectivement représente simplement une façon rudimentaire de quantifier la valeur de ces avantages. Il a fait référence à la décision *Re DeHavilland inc. and C.A.W. - Canada*, Loc. 112, précitée, et a conclu que, dans cette affaire, l'arbitre Rayner avait :

... choisi d'évaluer les dommages-intérêts causés par la perte de rémunération en se fondant sur l'avantage économique qui découle du fait d'être membre d'une unité de négociation et de recevoir tous les avantages et toutes les protections garantis par une convention collective. Autrement dit, au lieu de la réintégration, le dédommagement consiste au paiement du salaire et des avantages perdus par l'employé pour l'indemniser de la perte des droits et des avantages conférés par la convention collective.

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, page 9; traduction)

[178] Dans ce qui constitue peut-être le passage le plus controversé de sa décision, l'arbitre Simmons s'est alors penché sur la question de l'atténuation des dommages-intérêts. Comme point de départ,

il s'est inspiré de la décision *Re Health Sciences Center and C.U.P.E., Loc. 1550 (Werner)*, précitée, de l'arbitre Graham, qu'il a décrite de la manière suivante :

Cette situation est semblable à la présente affaire. L'employée qui avait présenté le grief réclamait un dédommagement pour ses pertes de rémunération passée et future, soit une somme totalisant 376 543,65 \$. L'employeur soutenait que l'employée avait droit à un dédommagement équivalant à entre deux semaines et un mois de salaire pour chaque année de service jusqu'à la date de son congédiement, moins toute somme gagnée après le congédiement. M^{me} Werner avait 11¼ années de service au moment de son congédiement. Selon le calcul de l'employeur, elle aurait donc eu droit à quelque 20 000 \$. L'arbitre Graham a rejeté la réclamation fondée sur les pertes de rémunération future. Les commentaires qu'il a faits à la page 5 sont intéressants. Il a alors dit [aux pages 407 et 408 du recueil L.A.C.] :

« À mon avis, pour établir le dédommagement qui doit être payé à M^{me} Werner, il faut d'abord considérer les divers facteurs qui ont été énoncés dans des décisions comme *Bardal v. Globe & Mail Ltd.* (1960), 24 D.L.R. (2d) 140 (H. C. Ont.).

Après avoir considéré certains des facteurs communs à de telles décisions, notamment la durée de service de l'employé, la nature de l'emploi ainsi que l'âge, la formation et l'expérience de l'employé, j'ai aussi tenu compte de la perte des droits que la convention collective garantissait à M^{me} Werner. Comme l'avait souligné l'arbitre Rayner dans les décisions *Re DeHavilland inc.* et *C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)* (1999), 83 L.A.C. (4th) 157, l'approche qui consiste simplement à calquer la période de préavis « ne tient aucunement compte de l'avantage économique que représentent l'appartenance à une unité de négociation et ... la protection qu'offre une convention collective » [p. 162].

Il est très difficile de quantifier précisément la valeur de l'appartenance à une unité de négociation donnée ou l'ampleur de la protection qu'offre une convention collective particulière. »

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, page 10; traduction)

[179] Dans *Re Health Sciences Center and C.U.P.E., Loc. 1550 (Werner)*, précitée, l'arbitre Graham avait utilisé une formule modifiée qui était fondée sur la durée du service, mais, suivant le principe de l'atténuation, il avait déduit du dédommagement les sommes gagnées pendant la période en cause. Cependant, comme on peut le voir à la page 410 de la décision *Re Health Sciences Center and C.U.P.E., Loc. 1550*, précitée, il a structuré le paiement du dédommagement de la façon suivante :

J'ordonne donc que la somme de 25 924,13 \$, plus les intérêts, soit versée à M^{me} Werner conformément aux présentes à titre d'allocation de retraite pour sa perte d'une charge ou d'un emploi. Cela veut dire que les retenues nécessaires seront faites seulement pour l'impôt sur le revenu, sous réserve du droit de M^{me} Werner de transférer directement une partie de cette allocation de retraite dans un RÉER. Je refuse d'accorder toute somme supplémentaire à titre de « majoration fiscale » pour plusieurs raisons, dont le fait que M^{me} Werner pourrait réduire le montant de son impôt immédiatement exigible en transférant dans un RÉER une partie de l'allocation de retraite qui doit lui être payée.

(page 410; traduction)

[180] L'arbitre Simmons s'est prononcé de la sorte au sujet de la décision *Re Health Sciences Center and C.U.P.E., Loc. 1550 (Werner)*, précitée :

Je refuse d'adopter les exigences d'atténuation énoncées dans la décision *Health Sciences*. Avec tous les égards, lorsque le redressement habituel – la réintégration – n'est pas accordé, je préfère l'approche de l'arbitre Rayner, qui tient compte de la valeur de la convention collective pour calculer le dédommagement, indépendamment de la législation en matière de normes du travail ou des règles d'atténuation. Le redressement consiste à dédommager l'employé s'estimant lésé par une somme qui correspond, le plus exactement possible, à la valeur pécuniaire de sa perte d'emploi. **Dans une large mesure, ce redressement représente la perte des avantages découlant de la convention collective. Il ne représente pas une perte qui a cours depuis le congédiement et qui devrait normalement exiger des efforts d'atténuation.** L'employeur a enfreint la convention collective. La relation d'emploi a pris fin à cause de cette violation. L'employé ne sera pas réintégré dans son emploi. La violation de la convention collective lui a causé des pertes. La valeur pécuniaire de la perte d'emploi est compensée par le paiement d'une somme plutôt que par la réintégration. Il s'agit d'une somme déterminée, qui ne varie pas selon ce qui peut arriver après la violation. Le principe de l'atténuation ne doit pas influencer le résultat final. Le dédommagement doit correspondre, aussi exactement que possible, à la valeur pécuniaire de la perte d'emploi.

(*Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, page 11; traduction; c'est nous qui soulignons)

[181] Le dispositif de la décision *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, était le suivant :

... L'employé s'estimant lésé était en service depuis 14 ans et 8 mois. Il avait 50 ans lorsqu'il a été congédié, en octobre 1996. À mon avis, il n'est pas inopportun d'arrondir cette période de service à 15 ans. **Je souscris à la position de l'employeur selon laquelle c'est la date du congédiement, et non pas celle de la présente décision, qui doit servir au calcul.** L'employé sera dédommagé au moyen d'une allocation de retraite correspondant à 1,25 mois de salaire pour chaque année de service, plus une prime de 15 % pour les avantages sociaux. On m'a informé que, lorsqu'il a été congédié, son salaire horaire était de 17,50 \$ et qu'il travaillait 40 heures par semaine. Sa rémunération annuelle s'élevait donc à 36 400 \$, ce qui donne la somme de 56 875 \$ pour une période de 18,75 mois. Il faut ajouter 8 531,25 \$ à cette somme au titre de la prime de 15 % pour les avantages sociaux.

Par conséquent, la somme de 65 406,25 \$ (56 875 \$ plus 8 531,25 \$) doit être payée à l'employé. Un taux d'intérêt annuel de 5 % sera appliqué à cette somme pour la période allant du 28 octobre 1996 à la date où l'indemnité lui sera versée.

(page 12; traduction; c'est nous qui soulignons)

[182] La décision *Re DeHavilland inc. and C.A.W. - Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée, rendue par l'arbitre Rayner, portait sur un employé congédié que l'arbitre voulait réintégrer sans autre dédommagement, mais avec les pleins droits d'ancienneté afférents. L'employeur soutenait qu'il s'agissait d'un cas exceptionnel où la réintégration n'était pas possible. L'arbitre a décrit deux

questions qu'il devait trancher, à savoir a) s'il devait ordonner la réintégration et b) dans la négative, quel devait être le montant des dommages-intérêts qui remplaceraient la réintégration. Il a commencé en insistant sur la nécessité de traiter les deux questions indépendamment :

Je traiterai ces deux questions séparément, car il est essentiel qu'elles restent distinctes. Elles ne doivent pas s'influencer mutuellement, car la question du dédommagement repose sur la valeur que l'on donne aux droits d'ancienneté, au salaire et aux avantages que la convention collective accorde à l'employé par rapport à ce qu'il peut s'attendre à obtenir en tant que postulant auprès d'un nouvel employeur. La conduite antérieure de l'employé peut être extrêmement pertinente lorsqu'il faut décider si la réintégration est indiquée, mais elle n'est aucunement pertinente une fois qu'il est décidé de ne pas réintégrer l'employé. La conduite antérieure de l'employé a d'abord été prise en compte lorsqu'il a été conclu que le congédiement était une sanction trop sévère, puis lorsqu'il a été décidé de ne pas ordonner la réintégration de l'employé. Tenir compte de cette conduite, implicitement ou explicitement, pour déterminer les dommages-intérêts, c'est mal comprendre la nature du dédommagement pécuniaire qui remplace la réintégration. Ce dédommagement vise à remplacer les droits, les privilèges et les avantages garantis par la convention collective que l'employé a perdus, et la conduite de l'employé qui a pu influencer la décision de ne pas ordonner la réintégration ne doit aucunement influencer sur cette question.

(page 158; traduction)

[183] La question de savoir si la conduite antérieure de l'employé doit influencer la « valeur que l'on donne » à des droits comme l'ancienneté est importante. La réponse dépend, du moins en partie, de savoir s'il s'agit d'une évaluation objective fondée sur la valeur qu'y accorderait un employé « normal » ou s'il s'agit plutôt d'une évaluation subjective qui repose sur la valeur que l'employé en cause leur donnait. Un employé qui a vécu des difficultés dans son milieu de travail et qui a fait l'objet de mesures disciplinaires sérieuses verra peut-être son avenir chez l'employeur d'un moins bon œil qu'un employé qui se sent moins vulnérable et qui court donc un moindre risque d'avoir des problèmes à l'avenir.

[184] Ce facteur n'est pas tellement différent de celui de l'ancienneté, ou des années de service, qui est invoqué pour justifier des dommages-intérêts plus élevés. Lorsqu'une convention collective confère d'importants droits en matière d'ancienneté, tout employé de longue date jouit d'une meilleure sécurité d'emploi qu'un employé plus récent, et ce, en raison de l'approche « dernier embauché, premier licencié » et de l'indemnité de cessation d'emploi plus importante (par exemple, en cas de mises à pied) qui est habituellement accordée à de tels employés. L'arbitre Rayner a fait l'observation suivante au sujet de certaines décisions antérieures :

... aucune de ces décisions n'explique le fondement sur lequel devrait reposer le calcul du dédommagement, ou encore quelle théorie ou quels motifs justifient la somme accordée.

(*Re DeHavilland inc. and C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée, page 161; traduction)

[185] Il a poursuivi en expliquant sa propre décision :

... le paiement d'un dédommagement en remplacement de la réintégration vise à indemniser l'employé pour la perte des droits que lui accordait la convention collective. ... le dédommagement ne constitue pas un simple calque d'une période de préavis ou le paiement d'une somme en guise de préavis conformément à la législation sur les normes d'emploi. À mon avis, le fait de calculer le dédommagement en fonction de ce que l'employé aurait reçu en vertu de cette législation fait abstraction de l'avantage économique que représente l'appartenance à une unité de négociation ainsi que l'ensemble des avantages et des protections conférés par une convention collective. C'est en raison de la perte de ces protections et avantages que le dédommagement est accordé... Puisque, dans la majorité des cas, ... des employés ayant la même ancienneté que l'employé s'estimant lésé recevraient environ cinq mois de salaire en vertu de la législation sur les normes d'emploi, le fait d'accorder six mois de salaire reviendrait à accorder une valeur très faible – et peu réaliste, à mon avis – à l'avantage que représente le fait de travailler dans un milieu de travail régi par une convention collective.

On peut établir une meilleure analogie, même si elle n'est pas parfaite, avec les indemnités de retraite anticipée qui sont accordées à des employés syndiqués. Bien qu'aucun élément de preuve n'ait été présenté au sujet du montant de telles indemnités, je crois qu'une somme correspondant à un mois de salaire par année d'ancienneté, plus une prime de 15 % pour la perte des avantages sociaux, reflèteraient adéquatement la perte de protection de la convention collective. Pour l'employé en cause, il s'agit d'une période de 12 mois.

Comme je l'ai dit précédemment, il ne faut pas confondre le dédommagement pour la perte de droits garantis par une convention collective et l'indemnité de cessation d'emploi prévue à la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, chap. E. 14. Afin de préserver cette dichotomie, en plus du dédommagement déjà décrit, l'employé recevra aussi l'indemnité de cessation d'emploi à laquelle il aurait droit en vertu de la *Loi sur les normes d'emploi*.

(*Re DeHavilland inc. and C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée, pages 161-162; traduction)

[186] La décision *Re NAV Canada and I.B.E.W., Loc. 2228*, précitée, portait elle aussi sur un employé qui n'a pas été réintégré en raison de la détérioration complète de la relation d'emploi. L'employé avait d'abord été congédié, mais l'arbitre Kuttner avait ordonné sa réintégration. Il a de nouveau été congédié en raison de son comportement, mais, une fois de plus, il a réussi à contester cette mesure disciplinaire, sans toutefois obtenir la réintégration. L'arbitre Kuttner a ordonné à l'employeur de payer des dommages-intérêts à l'employé parce qu'il l'avait congédié sans motif valable. Les deux incidents découlaient d'une insubordination grave, mais, malgré la faute répétée, l'arbitre est finalement arrivé à la conclusion suivante :

... l'état mental et émotionnel de l'employé, ajoutés à ses nombreuses années de service et à son dossier disciplinaire par ailleurs vierge, constituent des facteurs atténuants cruciaux. Ainsi, la sanction ultime du congédiement n'était pas justifiée dans les circonstances, et j'y substitue donc une suspension de trois semaines.

(page 438; traduction)

[187] L'employé réclamait des dommages-intérêts s'élevant à environ 500 000 \$ pour son congédiement. Cette somme était divisée entre les pertes de salaire pour la période allant du congédiement à l'arbitrage, moins la suspension de trois semaines, et une majoration de 15 %. Il demandait aussi une indemnité de cessation d'emploi correspondant à 17,5 mois de salaire, plus une majoration de 15 %, deux ans de salaire à titre d'allocation de retraite, le remboursement de certaines dettes personnelles et 200 000 \$ à titre de dommages-intérêts pour souffrances et douleurs. L'employeur soutenait notamment que les dispositions de la convention collective relatives aux mises à pied constituaient la meilleure analogie pour déterminer la valeur des pertes de l'employé.

[188] En premier lieu, l'arbitre s'est prononcé sur la question de savoir si sa décision devait avoir un volet rétrospectif et un volet prospectif. Il s'est exprimé de la sorte au paragraphe 26 de sa décision :

[26] Autant le syndicat que l'employeur semblent croire, à tort, que ma décision doit avoir deux volets, le premier consistant à un dédommagement pour la période allant de la date du congédiement à celle de ma décision-lettre, dédommagement qui serait calculé selon les règles normales qui s'appliquent aux pertes de salaire causées par un congédiement injuste, et le deuxième consistant à des dommages-intérêts remplaçant la réintégration à compter de la date de ma décision, afin de dédommager l'employé pour la perte des droits prévus à la convention collective. Toutefois, j'estime que cette façon de déterminer le montant du dédommagement est contraire au sens commun. En pratique, cela reviendrait à ordonner la réintégration de l'employé pour une période déterminée (de la date du congédiement à la date de ma décision) en calculant le dédommagement en fonction des pertes de salaire, puis à considérer qu'il a ensuite été congédié et à le dédommager au moyen d'une « indemnité de cessation d'emploi » calculée en fonction d'un certain nombre de semaines ou de mois de salaire par année de service. En fait, ma décision consiste à accorder des dommages-intérêts pour remplacer la réintégration et, en l'absence d'une ordonnance de réintégration, aucun salaire rétroactif en souffrance ne doit être versé. L'objectif même est d'accorder un redressement consistant seulement à des dommages-intérêts. Rien ne justifie de séparer l'ordonnance de redressement en deux volets en se fondant sur la date de ma décision.

(*Re NAV Canada and I.B.E.W.*, Loc. 2228, précitée; traduction)

[189] L'arbitre Kuttner est ensuite arrivé à la conclusion suivante :

[27] ... Dans la majorité de la jurisprudence traditionnelle, les principes qui servent à déterminer les dommages-intérêts qui remplacent la réintégration ne sont pas expliqués et, selon les calculs habituels,

un employé ayant la même ancienneté que l'employé en cause a eu droit à de 5 à 6 mois de salaire, tout au plus. Voir, par exemple, les décisions *Re Deigan* et *Re Slocan Forest Products*, précitées...

(*Re NAV Canada and I.B.E.W.*, Loc. 2228, précitée; traduction)

[190] Il a ensuite affirmé que les décisions *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, et *Re DeHavilland inc. and C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée, représentaient :

[27] ... un virage par rapport à l'approche qui consistait à accorder des dommages-intérêts calqués sur la common law ou la législation sur les normes d'emploi. Cette nouvelle approche est adaptée au contexte des secteurs syndiqués, qui sont caractérisés par des conventions collectives qui garantissent un large éventail d'avantages qui n'existent tout simplement pas dans les secteurs non syndiqués. Bon nombre de ces avantages sont faciles à quantifier pécuniairement, par exemple, la rémunération des heures supplémentaires et les primes, les congés de maladie, les prestations d'invalidité et les avantages en matière de soins de santé. Toutefois, d'autres de ces avantages sont plus difficiles à quantifier. Le plus important d'entre eux est le concept de l'ancienneté, qui améliore la sécurité et la qualité d'emploi. Néanmoins, cette deuxième catégorie d'avantages a une valeur économique et il faut en tenir compte lorsque vient le temps de déterminer les dommages-intérêts qui remplacent la réintégration.

(*Re NAV Canada and I.B.E.W.*, Loc. 2228, précitée; traduction)

[191] Selon l'arbitre Kuttner, cette approche :

[28] ... renonce à faire intervenir des concepts législatifs ou de common law afin de réduire les dommages-intérêts qui sont censés correspondre à la valeur économique de l'appartenance à une unité de négociation protégée par une convention collective...

(*Re NAV Canada and I.B.E.W.*, Loc. 2228, précitée; traduction)

[192] Il a ensuite souligné que, dans *Re DeHavilland inc. and C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée, l'arbitre Rayner avait accepté l'analogie tracée avec les indemnités de cessation d'emploi pour retraite anticipée, mais il a conclu que les dispositions portant sur les « employés déclarés excédentaires » (traduction) et sur les mises à pied constituaient simplement « des indications » (traduction) et non pas une « formule précise » (traduction), et ce, en raison des facteurs distincts qui déclenchent leur application. Il a entériné l'approche qui consiste à arrondir à la hausse les années de service, puis à y appliquer un taux de 1,5 mois par année de service. Il a aussi entériné le facteur de 15 % « au titre des avantages sociaux » (traduction).

[193] Dans sa décision, l'arbitre Kuttner a confirmé que, en plus du dédommagement qu'il avait accordé, l'employé aurait aussi droit à l'indemnité de cessation d'emploi prévue par la législation sur les normes d'emploi. Les demandes d'allocation de retraite, de remboursement de dettes personnelles et de dommages-intérêts pour souffrances et douleurs ont été rejetées sans autres explications. Finalement, au paragraphe 31 de sa décision, l'arbitre a ordonné ce qui suit (ou, a tout le moins, il a consigné l'entente des parties à ce sujet) :

[31] ... le paiement des dommages-intérêts tenant lieu de dédommagement sera fait, selon les instructions écrites de l'employé, conformément à la loi et de manière à en minimiser les incidences fiscales.

(*Re NAV Canada and I.B.E.W., Loc. 2228*, précitée; traduction)

[194] Dans *Re Cassellholme Home for the Aged and C.U.P.E., Loc. 146 (Morabito)*, précitée, l'arbitre Slotnick a décidé de ne pas réintégrer l'employé et a ordonné aux parties de s'entendre sur un dédommagement qui remplacerait la réintégration. Il a ensuite examiné les décisions antérieures mentionnées ci-dessus, s'exprimant de la sorte aux pages 253 et 254 :

Les arbitres ont eu recours à diverses approches à cet égard, mais la plupart des décisions récentes concordent sur le fait que l'approche du préavis raisonnable tirée de la common law qui est appliquée dans des affaires de congédiement injustifié ne devrait plus être utilisée pour déterminer le dédommagement visant à indemniser la perte d'un emploi syndiqué.

(pages 253-254; traduction)

[195] Il a néanmoins décidé de fonder sa décision sur le nombre d'années de service, donnant l'explication suivante :

Lorsqu'ils ont fondé les dédommagements accordés principalement sur le nombre d'années de service – ce qui, de prime abord, peut paraître assez semblable à l'approche du préavis raisonnable qui est utilisée dans les secteurs non syndiqués – certains arbitres ont souligné le rôle crucial joué par l'ancienneté dans les milieux de travail syndiqués, faisant remarquer que la sécurité d'emploi et les autres droits et avantages croissent en même temps que l'ancienneté de l'employé. Dans les faits, l'employé de longue date perd davantage que le nouvel employé lorsque la réintégration est refusée, et pas seulement en ce qui a trait à la sécurité d'emploi. Un exemple pertinent tiré de la convention collective de Cassellholme est la disposition portant sur les crédits de congé de maladie, qui sont accumulés à raison de 18 jours par année, jusqu'à concurrence de 260 jours, et qui peuvent être monnayés dans certaines circonstances.

(*Re Cassellholme Home for the Aged and C.U.P.E., Loc. 146 (Morabito)*, précitée, pages 254-255; traduction)

[196] Comme dans la décision *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, l'arbitre Slotnick a choisi de ne pas tenir compte de la rémunération gagnée subséquemment pour atténuer les pertes, car le dédommagement ne représentait pas une perte continue de salaire à compter du congédiement. Cette décision semble adopter la position selon laquelle la conduite de l'employé s'estimant lésé ne doit pas influencer le redressement. Cependant, l'arbitre Slotnick a quelque peu nuancé cette conclusion :

... Je ne peux pas souscrire à l'affirmation de l'employeur selon laquelle M^{me} Morabito était manifestement en voie d'être congédiée, quoique cela soit tout à fait possible. Par ailleurs, je ne peux pas non plus admettre la position du syndicat selon laquelle M^{me} Morabito aurait travaillé à Cassellhome jusqu'à sa retraite.

...

... À mon avis, le présent exercice a peu, ou rien à voir avec le comportement fautif, car cette question a déjà été tranchée dans ma décision antérieure. M^{me} Morabito doit être dédommée équitablement, mais, compte tenu du climat tendu qui régnait dans le milieu de travail en raison de l'incident et du congédiement de M^{me} Morabito, le dédommagement ne doit pas être élevé au point qu'il semblerait être une récompense pour son comportement fautif.

(*Re Cassellholme Home for the Aged and C.U.P.E., Loc. 146 (Morabito)*, précitée, pages 255-256; traduction)

[197] Par conséquent, il a établi le dédommagement à verser à l'employée s'estimant lésée à 1,25 mois de salaire pour 20 années de service, plus une majoration de 15 % pour les avantages perdus, ainsi que des intérêts de 4 %. Il a aussi donné les directives suivantes afin de réduire les incidences fiscales du dédommagement :

... le paiement doit être fait dans les 60 jours de la date de la présente décision. L'employeur devra se plier à toutes les demandes conformes à la loi faites par l'employée afin de réduire au minimum les incidences fiscales du dédommagement, par exemple, en le versant directement dans un RÉER, à condition que l'employée transmette à l'employeur les formulaires nécessaires en temps utile.

(*Re Cassellholme Home for the Aged and C.U.P.E., Loc. 146 (Morabito)*, précitée, page 256; traduction)

[198] La décision *Cameco Corp. v. U.S.W.A., Local 8914* (2008), 2008 SKQB 499, de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, est un contrôle judiciaire d'une décision arbitrale où des dommages-intérêts avaient été accordés conformément à la formule suivante, décrite au paragraphe 9 du jugement :

[9] ...

« [195] Le calcul des dommages-intérêts tenant lieu de dédommagement n'est pas facile. Mes recherches montrent que les arbitres prennent habituellement la durée de service de l'employé comme point de départ, puis qu'ils majorent cette somme pour tenir compte de la perte des droits d'ancienneté et de la sécurité d'emploi, c'est-à-dire le droit d'être réintégré en cas de congédiement sans motif valable. Les taux appliqués par les arbitres varient entre 1,25 et 1,75 mois de salaire par année de service. À mon avis, la perte des avantages garantis à un employé par une convention collective est considérable, et les dommages-intérêts tenant lieu de dédommagement doivent le refléter. Je crois que le dédommagement indiqué est une somme correspondant à 2 mois de salaire par année de service, plus 25 % du salaire pour tenir compte des avantages prévus à la convention collective (y compris la rémunération des heures supplémentaires que l'employé s'estimant lésé pouvait s'attendre à effectuer), l'indemnité de départ prévue à l'article 235 du *Code canadien du travail* ainsi que des intérêts annuels de 5 % calculés à partir du 13 février 2006 jusqu'à la date du paiement. »

(traduction)

[199] L'employeur a alors affirmé que cette décision était déraisonnable en ce qui a trait au taux de deux mois de salaire par année de service et de la majoration de 25 % au titre des avantages et parce que l'arbitre ne s'était pas prononcé sur la mesure disciplinaire qui aurait été appropriée. Pour ce qui est de l'absence de conclusion quant aux mesures disciplinaires appropriées, la Cour du Banc de la Reine s'est exprimée de la sorte au paragraphe 20 :

[20] L'argument de Cameco selon lequel l'arbitre ne s'était pas prononcé sur la mesure disciplinaire indiquée avant de calculer le dédommagement pécuniaire ne tient pas compte du fait que le dédommagement tenant lieu de réintégration constitue une sanction moins sévère que le congédiement. Les tribunaux l'ont reconnu à maintes reprises. Dans la décision *U.S.W.A., Local 12998 v. Liquid Carbonic inc.*, précitée, la Cour divisionnaire de l'Ontario a confirmé la décision d'un arbitre qui avait conclu qu'aucun motif valable ne justifiait le congédiement de l'employé s'estimant lésé, mais qui avait ensuite imposé la sanction moindre du dédommagement tenant lieu de réintégration...

(traduction)

[200] La Cour du Banc de la Reine a aussi souligné l'existence d'une décision semblable à Terre-Neuve-et-Labrador, à savoir *Newfoundland Association of Public Employees v. Brink's Canada Limited* (1999), 99 CLLC 220-075.

[201] Pour ce qui est du taux de deux mois de salaire par année de service, la Cour a dit qu'il était élevé, mais pas déraisonnable. Elle a ensuite fait l'observation suivante, au paragraphe 27 :

[27] ... Le paiement d'un dédommagement tenant lieu de réintégration vise à indemniser l'employé pour son congédiement injustifié et l'impossibilité de continuer à travailler sous le régime de la convention

collective. Le dédommagement ne vise pas simplement à reproduire la période de préavis exigée par la common law.

(*Cameco Corp. v. U.S.W.A., Local 8914*, précité; c'est nous qui soulignons; traduction)

[202] Au sujet de la majoration de 25 % au titre des avantages, la Cour a conclu que l'arbitre pouvait arriver à cette conclusion compte tenu des éléments de preuve dont il disposait. La Cour s'est ensuite prononcée de la sorte sur la valeur et la nature de tels avantages :

[34] La majorité des avantages prévus à la convention collective sont faciles à quantifier en termes pécuniaires et on peut établir leur valeur en tant que coûts pour l'employeur, par exemple, les primes, les congés de maladie, les prestations d'invalidité et les avantages en matière de soins de santé. Par contre, d'autres avantages, comme les droits d'ancienneté et la protection contre le congédiement injustifié, améliorent la sécurité et la qualité d'emploi et constituent des avantages importants pour l'employé, mais ils ne représentent pas de « coûts » pour l'employeur (les « avantages ne représentant pas un coût »). Néanmoins, ces avantages ont une valeur.

[35] En l'espèce, l'arbitre avait des éléments de preuve qui lui permettaient d'évaluer la valeur de l'appartenance à l'unité de négociation en question. Il disposait de la convention collective applicable et des dispositions de cette convention qui conféraient à l'employé s'estimant lésé des protections et amélioreraient sa sécurité d'emploi, ainsi que d'autres dispositions qui lui accordaient des avantages. L'arbitre disposait aussi d'éléments de preuve au sujet de la possibilité d'effectuer des heures supplémentaires.

[36] L'arbitre disposait d'éléments de preuve portant sur le coût de certains avantages prévus à la convention collective, notamment en ce qui avait trait aux soins de santé, aux soins dentaires, aux pensions et aux congés annuels. On lui avait présenté des éléments de preuve au sujet de la perte de possibilité d'effectuer des heures supplémentaires. L'arbitre disposait aussi d'éléments de preuve relatifs aux « avantages ne représentant pas un coût ». En l'espèce, les éléments de preuve dont il disposait lui permettaient d'arriver à sa conclusion finale.

...

[44] ... la majorité des avantages prévus à la convention collective sont faciles à quantifier en termes pécuniaires et on peut établir leur valeur en tant que coûts pour l'employeur, par exemple, les primes, les congés de maladie, les prestations d'invalidité et les avantages en matière de soins de santé. Par contre, d'autres avantages, comme les droits d'ancienneté et la protection contre le congédiement injustifié, améliorent la sécurité et la qualité d'emploi et constituent des avantages importants pour l'employé, mais ils ne représentent pas de « coûts » pour l'employeur (les « avantages ne représentant pas un coût »). Néanmoins, ces avantages ont une valeur. Pour déterminer le montant des dommages-intérêts tenant lieu de réintégration, il faut tenir compte de tous ces avantages, même de ceux qui ne peuvent pas être quantifiés précisément. Il est très difficile d'établir exactement la valeur de l'appartenance à une unité de négociation donnée qui est régie par une convention collective donnée.

(*Cameco Corp. v. U.S.W.A., Local 8914*, précité; traduction)

[203] Dans l'affaire *B.C. v. B.C.G.S.E.U. (Nar Kambo Grievance)*, précitée, on a convaincu l'arbitre Steeves que des dispositions semblables de la convention collective constituaient des

indications utiles quant à la « valeur de la convention collective » (traduction). L'arbitre Steeves a cité trois décisions de la Colombie-Britannique à l'appui de cette approche :

B.C. Ferries Services inc. v. B.C. Ferry and Marine Workers' Union (Rayner Grievance), [2005] B.C.C.A.A.A. n° 68 (McPhillips)

Vantel/Safeway Credit Union v. Canadian Office and Professional Employees Union, Local 15 (Anderson Grievance), [2006] B.C.C.A.A.A. n° 113 (Blasina)

Canadian Blood Services v. Hospital Employee' Union (Bagley Grievance), [2004] B.C.C.A.A.A. n° 308 (Jackson)

[204] Dans l'affaire *Re Canvil and I.A.M.A.W., Lodge 1547*, précitée, si la réintégration était impossible, c'était surtout en raison de la détérioration de l'état de santé de l'employé en cause. Comme dans d'autres affaires, l'arbitre Marcotte devait trancher entre des positions diamétralement opposées quant au montant – et aux principes sous-jacents – des divers chefs de dommages possibles. Il est arrivé à la conclusion suivante :

... dans les décisions arbitrales portant sur le dédommagement lorsque la réintégration est refusée, les arbitres ont eu recours à diverses approches pour déterminer le montant du dédommagement.

(*Re Canvil and I.A.M.A.W., Lodge 1547*, précitée, page 390; traduction)

[205] L'arbitre Marcotte a analysé minutieusement de nombreuses affaires où des dommages-intérêts avaient été accordés dans pareilles circonstances et il a relevé quatre décisions où l'on s'était penché sur « l'approche appropriée à cette détermination [des dommages-intérêts] » (traduction). Il s'agit des décisions *Re Alberta and Alberta Union Provincial Authorities (Van Steenoven)*, précitée, *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton) (2001)*, précitée, *Re NAV Canada and I.B.E.W., Loc. 2228*, précitée, et *Re DeHavilland inc. and C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée. En se fondant sur ces décisions, l'arbitre Marcotte a dressé une liste, sans ordre particulier, de ses conclusions quant aux facteurs qui doivent être considérés dans une telle décision :

- Le redressement vise à dédommager l'employé s'estimant lésé pour la perte de son emploi et la perte des droits, des avantages et des privilèges garantis par la convention collective.
- Le redressement ne représente pas une perte de salaire à compter du congédiement et, par conséquent, le principe de l'atténuation n'intervient pas dans la détermination des dommages-intérêts.

- Les règles de la common law relatives au congédiement injuste lorsqu'il y a une convention collective ne s'appliquent pas.
- La conduite de l'employé s'estimant lésé qui a mené à son congédiement et à la décision de ne pas le réintégrer n'est pas un facteur pertinent.
- Le redressement n'est pas un simple calque d'une période de préavis ou des sommes tenant lieu de préavis prévues à la *Loi sur les normes d'emploi*.
- L'employé s'estimant lésé a aussi droit à toutes les sommes qu'il recevrait normalement en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur les normes d'emploi*.
- Le redressement inclut une majoration (en pourcentage) visant à compenser la perte des avantages sociaux prévus à la convention collective.
- La situation personnelle de l'employé s'estimant lésé, notamment son nombre d'années de service, son âge au moment du congédiement, son niveau d'éducation et ses perspectives d'emploi, est un facteur pertinent qui doit être considéré.

(*Re Canvil and I.A.M.A.W., Lodge 1547*, précitée, page 397; traduction)

[206] En fin de compte, l'arbitre Marcotte a accordé à l'employé 31 mois de salaire pour 31 années de service, dont il a ensuite déduit une suspension de 30 jours. Il a aussi majoré le salaire de 15 % pour tenir compte des avantages sociaux et a ajouté 34 semaines de salaire supplémentaires au titre des dispositions des normes d'emploi portant sur la cessation d'emploi et le préavis.

[207] La Cour d'appel de la Saskatchewan s'est penchée sur la question de l'atténuation dans l'arrêt *Saskatchewan Center of the Arts v. I.A.T.S.E., Local 295*, 2008 SKCA 136; (2008), 301 D.L.R. (4th) 439. L'employé en cause avait été congédié de façon injustifiée, mais l'animosité entre lui et ses collègues a mené à l'octroi de dommages-intérêts au lieu de la réintégration. Le conseil d'arbitrage a fixé les dommages-intérêts après avoir considéré les approches adoptées dans les décisions *Re Metropolitan Toronto (Municipality) and C.U.P.E. Loc. 79 (Dalton)* (2001), précitée, *Re NAV Canada and I.B.E.W., Loc. 2228*, précitée, *Re DeHavilland inc. and C.A.W.-Canada, Loc. 112 (Mayer)*, précitée, et *Re Health Sciences Center and C.U.P.E., Loc. 1550 (Werner)*, précitée. Il a expressément évité de tenir compte de la rémunération obtenue après le congédiement. Toutefois, il s'est servi d'une formule pour calculer le dédommagement. L'employé, qui avait 17 ans d'ancienneté, a reçu 5 semaines de salaire par année de service, plus une majoration de 14 %, ce à quoi une somme correspondant à 8 semaines de salaire, plus les intérêts, a été rajoutée au titre du préavis prévu par la législation sur les normes du travail.

[208] La Cour d'appel de la Saskatchewan a conclu que la norme de la décision raisonnable s'appliquait au contrôle judiciaire de la décision du conseil arbitral. Ce faisant, elle a reconnu que :

[12] ... dans ce genre d'affaires, l'évaluation des dommages-intérêts fait intervenir certaines considérations qui sont fort différentes de celles qui s'appliquent en common law aux affaires de congédiement injustifié. Ces considérations font entrer en jeu les compétences spécialisées des arbitres en droit du travail.

(*Saskatchewan Center of the Arts v. I.A.T.S.E., Local 295*, précité; traduction)

[209] La Cour a admis que la réintégration est le redressement présumé en arbitrage, et qu'elle donne aux employés syndiqués une meilleure sécurité d'emploi que celle dont jouissent les employés régis par le droit contractuel en common law. La Cour a aussi reconnu l'évolution de la jurisprudence arbitrale mentionnée ci-dessus, résumant de la sorte les raisons de ces changements aux paragraphes 18 et 19 de son arrêt :

[18] Les raisons qui ont poussé les arbitres à abandonner les règles de common law qui quantifient les pertes au moyen d'une période de préavis explicite ou implicite sont claires. Premièrement, la convention collective en cause, comme la plupart des conventions collectives, ne permet pas de congédier un employé en lui donnant simplement un préavis; l'employeur doit avoir un motif valable. Deuxièmement, la méthode en common law ne tient aucunement compte des nombreux avantages garantis par les conventions collectives, avantages qui n'existent pas dans les contrats de travail de common law qui ne sont pas régis par une convention collective. L'avantage le plus évident est le droit à la réintégration, un redressement qui n'est pas disponible en common law et qui confère une bien meilleure sécurité d'emploi. Les autres avantages qui existent seulement dans les conventions collectives varient d'une convention à l'autre, mais ils sont habituellement considérables. Il s'agit notamment de privilèges associés à l'ancienneté, y compris le droit de supplantation en cas de mise à pied, l'assujettissement des promotions au sein du personnel aux règles d'ancienneté et l'interdiction de prendre des mesures disciplinaires sans motif valable.

[19] Ces arbitres ont conclu qu'il est préférable d'évaluer les dommages-intérêts en se fondant sur la perte d'un emploi futur protégé par la convention collective, plutôt que sur la base d'un préavis raisonnable et de la perte de revenu pour cette période. Certains arbitres ont qualifié le dédommagement accordé d'allocation de retraite. Partant de ce principe, ils affirment que la perte s'est concrétisée au moment du congédiement de l'employé et que l'exigence d'atténuation de la common law ne s'applique donc pas. Pour reprendre les termes d'un de ces arbitres : « Le préjudice ne représente pas une perte continue depuis le congédiement, laquelle devrait normalement être atténuée. »

(*Saskatchewan Center of the Arts v. I.A.T.S.E., Local 295*, précité; traduction)

[210] Toutefois, la Cour a ensuite souligné que les décisions, même si elles n'étaient « pas très claires » (traduction), commençaient toutes en considérant les mêmes facteurs qui sont appliqués en common law, mais en y ajoutant d'autres facteurs.

[211] La Cour a ensuite expliqué les principes d'atténuation. Elle a jugé que le conseil arbitral avait été déraisonnable en n'appliquant pas les principes énoncés dans l'arrêt *Red Deer College v. Michaels*, précité. Elle a d'abord conclu qu'il n'est pas intrinsèquement déraisonnable d'accorder une valeur aux avantages prévus par une convention collective :

[22] Abstraction faite de l'obligation d'atténuer les dommages-intérêts, dans la mesure où la décision arbitrale en cause et les décisions antérieures prétendaient être conformes à ce principe, il est difficile de conclure qu'ils étaient déraisonnables. Même si les auteurs de ces décisions prétendaient ne pas quantifier les dommages-intérêts en se fondant sur une période de préavis raisonnable, ils ont tous expressément affirmé que « le redressement consiste à dédommager l'employé s'estimant lésé par une somme qui correspond, le plus exactement possible, à la valeur pécuniaire de sa perte d'emploi » ou utilisé des termes semblables (voir les paragraphes 157 et 158 de la décision). Ainsi, lorsque vient le temps de déterminer les dommages-intérêts, il n'y a rien d'intrinsèquement déraisonnable à tenir compte de la perte des avantages conférés par une convention collective donnée, comme principe général, peu importe que l'on se fonde sur le concept du préavis raisonnable, car cette approche respecte les principes de la common law. (Nous soulignons aussi que le conseil arbitral a essentiellement tenu compte des mêmes facteurs qu'un tribunal qui cherche à déterminer la période de préavis raisonnable, notamment la période de service, l'âge de l'employé, le niveau hiérarchique du poste et ainsi de suite.)

...

[25] Comme nous l'avons souligné ci-dessus, l'évaluation des dommages-intérêts causés par une violation contractuelle repose sur un principe fondamental : la personne lésée a le droit d'être mise dans la situation où elle se serait trouvée si le contrat avait été respecté. Il semble que le conseil arbitral et les auteurs de décisions postérieures aient accepté ce principe. Les dommages-intérêts réclamés sont des dommages-intérêts compensatoires, c'est-à-dire qu'ils visent à indemniser la personne lésée pour la perte réelle subie. On n'avait pas réclamé de dommages-intérêts punitifs ou de dommages-intérêts majorés, et le conseil arbitral n'a pas laissé entendre qu'il y avait lieu d'en accorder. Les dommages-intérêts ne doivent donc pas viser, même partiellement, à punir l'employeur. Quoique les décisions sur lesquelles le conseil arbitral s'est fondé en l'espèce affirment que la perte « ne représente pas une perte continue depuis le congédiement, laquelle devrait normalement être atténuée », cela est impossible. Dans de tels cas, les dommages-intérêts, y compris ceux qui sont accordés au titre de la perte des avantages garantis par une convention collective, visent à compenser la perte de l'emploi que l'employé aurait eu après la date de son congédiement s'il n'avait pas été congédié. Il ne peut exister de perte avant que l'employé ait été sans emploi et sans rémunération en raison de la perte d'emploi ou avant qu'il n'obtienne un nouvel emploi dont la rémunération ou les avantages sont moindres. Cela étant dit, les dommages-intérêts ne peuvent pas être indépendants de ce qui se passe après le congédiement.

[26] Ce principe a pour corollaire que toute rémunération tirée d'un autre emploi par l'employé après son congédiement doit être prise en compte, dans la mesure où elle modifie la perte réelle. Sinon, on peut imaginer qu'une personne qui se trouverait dans la situation de l'employé s'estimant lésé puisse obtenir des dommages-intérêts largement supérieurs au préjudice qu'elle a véritablement subi. Par exemple, en obtenant un nouvel emploi avec un salaire et des avantages supérieurs peu après son congédiement, cette personne pourrait subir une perte très faible, mais recevoir le plein montant des dommages-intérêts. C'est ce qui est arrivé en l'espèce. L'employé s'estimant lésé s'est vu accorder 85 semaines de salaire, alors qu'il est resté sans emploi pendant 26 semaines, c'est-à-dire environ 6 mois. Ce résultat est contraire à la loi et à la logique même, car les dommages-intérêts ne servent plus à dédommager l'employé s'estimant lésé pour sa perte réelle, mais plutôt à le récompenser et à punir l'employeur. En résumé, le conseil arbitral a rendu une décision déraisonnable en concluant que la rémunération obtenue par l'employé après

son congédiement ne devait pas être prise en compte pour déterminer les dommages-intérêts, car cette décision revient à dédommager l'employé pour une perte qu'il n'a pas subie.

(*Saskatchewan Center of the Arts v. I.A.T.S.E., Local 295*, précité; traduction)

[212] Au paragraphe 27 de l'arrêt, la Cour d'appel de la Saskatchewan a répondu, assez brièvement, à l'argument selon lequel le dédommagement peut être comparé à une allocation de retraite :

[27] Pour ce qui est de l'argument selon lequel, dans ce genre d'affaires, les dommages-intérêts peuvent être considérés comme une allocation de retraite, il faut noter que la convention collective en cause ne prévoit pas qu'un employé congédié sans motif valable a droit à une allocation de retraite, et qu'une telle conclusion n'a aucun bien-fondé.

(*Saskatchewan Center of the Arts v. I.A.T.S.E., Local 295*, précité; traduction)

F – Décisions judiciaires sur les dommages-intérêts tenant lieu de réintégration

[213] Les tribunaux se sont penchés sur certaines des mêmes questions, mais en adoptant des perspectives différentes. Dans chaque affaire, le droit à la réintégration avait déjà été établi : dans un cas, par une entente et une décision judiciaire qui l'a confirmée, et dans les autres, par des décisions arbitrales. Chacune de ces affaires portait sur la question du montant approprié des dommages-intérêts qui devaient être accordés à un employé qui n'avait cependant pas été réintégré. La première de ces décisions, *Rankin v. National Harbours Board* (1979), 99 D.L.R. (3d) 631 (C.S.C.-B.), a été modifiée en appel par l'arrêt *Rankin v. National Harbours Board* (1981), 127 D.L.R. (3d) 714 (C.A.C.-B.).

[214] M. Rankin travaillait pour le Conseil des ports nationaux comme inspecteur itinérant. Il était protégé par une convention collective et représenté par le Syndicat des débardeurs. Au moment de son congédiement, il comptait sept années d'ancienneté. Il a été congédié parce qu'il avait emporté une scie à chaîne sans permission. Le conseil arbitral a ordonné qu'une sanction moindre (fixée ultérieurement à une suspension d'un mois par entente des parties) soit substituée au congédiement. Toutefois, l'employeur a refusé de réintégrer M. Rankin dans son poste. En première instance, la Cour suprême de Colombie-Britannique s'est demandé si elle avait compétence pour instruire l'affaire et elle a conclu par l'affirmative. Elle est arrivée à la conclusion suivante au paragraphe 14 :

[14] Le Conseil des ports nationaux était tenu de réintégrer M. Rankin dans son ancien poste d'inspecteur itinérant. Le défaut de le faire constitue à la fois une violation de la convention collective et d'une obligation légale.

(*Rankin v. National Harbours Board* (1979), précité; traduction)

[215] Au paragraphe 18, la Cour de première instance a conclu de la sorte :

[18] ... il n'est pas nécessaire d'interpréter la convention afin de décider s'il y a eu violation, et le montant des dommages-intérêts ne dépend pas de l'interprétation de la convention, ni de son application.

(*Rankin v. National Harbours Board* (1979), précité; traduction)

[216] La Cour a ensuite rejeté l'argument selon lequel la violation pouvait seulement donner lieu à des dommages-intérêts en common law au titre d'un préavis raisonnable, et elle a ensuite déterminé les dommages-intérêts en tenant compte de facteurs plus élargis. Cependant, cette évaluation a été modifiée de façon importante par la Cour d'appel, et c'est le cadre d'analyse utilisé par cette dernière qui est intéressant. Lorsque l'arrêt a été rendu, toutes les questions relatives à la compétence et à la procédure avaient été tranchées ou abandonnées. La Cour d'appel avait donc seulement à se prononcer sur le montant approprié des dommages-intérêts découlant d'un refus de réintégrer. La Cour d'appel a résumé la preuve de la façon suivante au paragraphe 30 :

[30] En résumé, la preuve révèle que la perte de revenus présumée pour la période de huit ans et trois mois en cause, c'est-à-dire d'avril 1970 à juin 1978, totalise environ 75 000 \$, ou, en incluant la pension, à près de 81 000 \$. Selon les sommes avancées, la valeur estimative de la perte de revenus futurs du plaignant atteindrait 46 000 \$ lorsqu'il prendra sa retraite à 65 ans. Le plaignant est né en 1920. En somme, ces calculs arrivent à une perte de rémunération d'environ 126 000 \$, avant la soustraction d'un montant pour éventualités et avant de tenir compte d'un facteur d'atténuation supérieur à la rémunération réellement gagnée par le plaignant.

(*Rankin v. National Harbours Board* (1981), précité; traduction)

[217] La Cour d'appel a ensuite fait référence à une décision rendue en Angleterre qui portait sur la question, puis elle s'est penchée sur le processus difficile, mais nécessaire, qui consiste à évaluer les pertes de revenu futures, sans toutefois les calculer selon des formules précises :

[31] Les avocats des deux parties ont cité un arrêt de la Cour d'appel de l'Angleterre, *Edwards v. Society of Graphical and Allied Trades*, [1971] Ch. 354, [1970] 3 All E.R. 689 (C.A.). Cette affaire portait sur l'expulsion d'un membre du syndicat, ce qui avait empêché un homme comptant 25 années d'expérience dans le domaine d'exercer son métier. On peut donc distinguer les faits en litige de ceux de la présente espèce, mais la façon de déterminer les dommages-intérêts peut être fort semblable, et l'approche adoptée

dans cet arrêt au sujet des dommages-intérêts me semble appropriée, autant pour cette affaire-là que pour la présente. Le lord Denning s'est exprimé de la sorte à la page 697 :

« Face à une telle exclusion fautive, comment faut-il mesurer les dommages-intérêts? Je crois qu'il faut les évaluer en mettant le plaignant dans une situation aussi favorable, dans la mesure où l'argent le permet, que s'il n'avait jamais été exclu du syndicat, tout en tenant compte, il va sans dire, de toutes les éventualités qui auraient pu lui faire perdre son emploi de toute manière et en gardant à l'esprit l'obligation qu'il avait de prendre des mesures raisonnables pour atténuer les dommages-intérêts... J'estime que, dans une telle affaire, les dommages-intérêts sont tellement difficiles à évaluer qu'il faut les considérer de façon assez étendue. »

[32] Les lords juges Sachs et Megaw ont fait une observation très similaire au sujet d'une approche souple à l'égard des dommages-intérêts. Le lord juge Megaw s'est exprimé ainsi à la page 705 :

« En présence d'autant d'impondérables, il serait erroné de chercher à revêtir d'attributs scientifiques le processus d'évaluation des dommages-intérêts futurs en prétendant appliquer des formules arithmétiques ou actuarielles à l'évaluation globale, ou même à un facteur précis sur lequel elle repose. Il faut essayer d'évaluer les dommages-intérêts, car on ne peut pas les calculer. »

[33] En l'espèce, il y a deux impondérables principaux, à savoir les éventualités et l'atténuation. Ils ne sont, ni l'un ni l'autre, susceptibles d'être calculés mathématiquement. Les calculs avancés par le procureur de l'appelant sont utiles pour faire cette évaluation, mais ils n'entraînent pas automatiquement un calcul mathématique des dommages-intérêts accordés et il serait erroné de les traiter de la sorte.

[34] Nous ne sommes pas obligés de poursuivre l'exercice mathématique et d'arriver à un pourcentage correspondant aux éventualités et à un pourcentage représentant les probabilités d'atténuation future ou les effets qu'aurait eu une meilleure atténuation dans le passé. Une telle équation, dont toutes les variables auraient été déterminées, aurait pour résultat de masquer le véritable processus qui permet d'arriver au montant final des dommages-intérêts.

(Rankin v. National Harbours Board (1981), précité; traduction)

[218] La Cour s'est ensuite penchée sur le genre d'éventualité dont il faut tenir compte pour évaluer les possibilités de revenus futurs. Elle a fait les observations suivantes aux paragraphes 38 et 39 :

[38] À mon avis, toute évaluation des perspectives d'avenir de M. Rankin en tant qu'employé, dans le contexte de procédures disciplinaires ultérieures, pouvait tenir compte de l'audience disciplinaire qui avait déjà eu lieu et des décisions rendues par les arbitres, y compris leur observation selon laquelle, si on leur avait demandé de se prononcer sur une mesure disciplinaire autre que le congédiement, ils auraient très bien pu la juger appropriée. Ainsi, M. Rankin aurait continué à travailler en faisant face à la possibilité de voir tout litige futur avec son employeur à propos de son rendement être tranché à la lumière des décisions arbitrales antérieures. Cette éventualité reste fort importante.

[39] Parmi les autres éventualités, on peut notamment envisager que la convention collective soit modifiée quant à l'ancienneté, que les clauses relatives aux postes excédentaires soient appliquées au poste de M. Rankin, qu'il tombe malade, décède ou soit victime d'un accident de travail, qu'il démissionne après avoir trouvé un meilleur emploi ou, comme je l'ai mentionné précédemment, qu'il soit congédié pour un motif valable ou rétrogradé.

(Rankin v. National Harbours Board (1981), précité; traduction)

[219] La Cour s'est prononcée de la sorte au sujet de l'atténuation :

[40] Pour ce qui est de l'atténuation, nous devons évaluer la probabilité que M. Rankin avait d'obtenir un emploi permanent après le procès ainsi que la possibilité qu'il aurait eue de trouver un meilleur emploi avant le procès s'il n'avait pas mis autant d'efforts à obtenir son ancien poste d'inspecteur itinérant au Conseil des ports nationaux.

[41] En effet, le juge de première instance a fait l'observation suivante quant à cet aspect de l'atténuation [aux pages 639 et 640] :

« Je crois que M. Rankin a cherché à atténuer sa perte, mais une grande part de ces efforts et la preuve dans son ensemble tendent à démontrer l'existence d'un objectif et d'une volonté d'obtenir sa réintégration comme inspecteur itinérant au Conseil des ports nationaux. Après un certain temps, il faut parfois reconnaître qu'un objectif est devenu inatteignable et qu'il faut s'en fixer d'autres. Il y a plusieurs années que M. Rankin aurait dû comprendre que sa réintégration était devenue impossible. »

[42] Si je comprends bien cette conclusion, à la lumière des éléments de preuve qui nous ont été présentés, il semble que M. Rankin cherchait assidûment un emploi, mais que ses efforts étaient guidés et influencés par sa volonté d'être réintégré dans son poste permanent au sein du Conseil des ports nationaux, et que, par conséquent, sa démarche visant à obtenir un autre poste permanent satisfaisant n'aurait pas été la même s'il avait compris, dès le départ, qu'il n'allait jamais être réintégré.

(*Rankin v. National Harbours Board (1981)*, précité; traduction)

[220] Ainsi, la Cour a rejeté l'utilisation d'une formule, et ce, autant à l'égard des éventualités que de l'atténuation. Elle a plutôt adopté la conclusion de la Cour d'appel de l'Angleterre selon laquelle « il faut essayer d'évaluer les dommages-intérêts, car on ne peut pas les calculer » (traduction).

[221] Une deuxième décision importante à ce sujet est l'arrêt *Cohnstaedt c. Université de Regagné*, [1995] 3 R.C.S. 451, où la Cour suprême du Canada a infirmé une décision majoritaire de la Cour d'appel de la Saskatchewan et y a substitué un jugement accordant des dommages-intérêts plus élevés, et ce, « essentiellement pour les raisons données par le juge Sherstobitoff, dissident en Cour d'appel ». C'est donc cette opinion dissidente qui est la plus pertinente, même si c'est le jugement majoritaire qui énonce les faits et les questions en litige (voir l'arrêt *Cohnstaedt v. Université of Regagné* (1994), 113 D.L.R. (4th) 178 (C.A. Sask.)).

[222] L'affaire portait sur un litige long et complexe qui opposait une université et un professeur. Au stade du jugement, la question était de savoir à quels dommages-intérêts le professeur avait droit pour la perte de son poste permanent. Le juge de première instance avait fixé les dommages-intérêts en se fondant sur la norme habituelle en matière de congédiement injustifié.

[223] Une entente prévoyait que, dans certaines circonstances, le professeur pouvait être licencié prématurément, mais qu'autrement, il pouvait continuer à occuper son emploi jusqu'à la date normale de sa retraite. L'université a cherché à le licencier à la première de ces dates, mais de manière contraire à l'entente. Le juge Sherstobitoff a analysé la situation de la façon suivante :

Quel est donc le montant approprié des dommages-intérêts qui découlent de la violation contractuelle? Il est de jurisprudence constante que les dommages-intérêts doivent remettre la partie lésée dans la situation où elle se serait trouvée si la violation n'avait pas eu lieu. Les dommages-intérêts doivent être déterminés en fonction du contrat lui-même. Comme l'a mentionné le juge Matheson au paragraphe [52] de son jugement cité ci-dessus, l'entente prévoyait seulement deux possibilités : la retraite anticipée, le 30 juin 1978, ou la retraite normale, qui, comme je l'ai souligné précédemment, aurait eu lieu le 30 juin 1985. Ainsi, l'entente même prévoyait que, sauf si l'appelant était congédié légalement et conformément aux dispositions de l'entente, et la Cour suprême a conclu que tel n'était pas le cas, il avait le droit de conserver son emploi jusqu'à la date normale de sa retraite, le 30 juin 1985. Autrement dit, en l'absence d'une évaluation des faits qui permettait de conclure que l'intimée avait le droit de congédier l'appelant, ce dernier avait droit à un emploi pour une durée déterminée. Cela étant dit, le montant des dommages-intérêts doit correspondre à la perte de salaire et d'autres avantages pour la partie non exécutée du contrat de travail à durée déterminée, et non pas à la perte de revenus pendant une période de préavis raisonnable s'appliquant à un contrat de travail à durée indéterminée. La présente affaire correspond à l'observation faite par le juge en chef Laskin dans *Red Deer College c. Michaels*, [1976] 2 R.C.S. 324, à la page 345 :

« ... Je ne doute pas qu'il y ait eu des cas où des dommages-intérêts ont été adjugés à la suite d'un licenciement injustifié d'un titulaire d'un poste permanent. Le procureur des appelants par incidence a cité en exemple les affaires *Cooke v. CKOY Ltd.*, [1963] 2 O.R. 257, *Salt v. Power Plant Co. Ltd.*, [1936] 3 All E.R. 322, et *Lucy v. Commonwealth* (1923), 33 C.L.R. 229... »

...

Pour les motifs exposés précédemment, j'ai conclu que le montant des dommages-intérêts découlant du congédiement fait en violation de l'entente doit équivaloir au salaire et aux avantages que l'appelant aurait obtenus durant la période allant du congédiement à la date normale de sa retraite, sous réserve, bien sûr, des réductions appropriées au titre des éventualités et de l'obligation d'atténuer la perte.

(*Cohnstaedt v. Université of Regagné* (1994), précité, pages 212-213, et 215; traduction)

[224] La Cour a évalué les facteurs de l'atténuation et des éventualités à la page 217 :

Il n'y a aucun doute que le congédiement a affecté l'état mental de l'appelant suffisamment pour qu'il soit même incapable de chercher du travail pendant un certain temps. Toutefois, en l'absence de tout élément de preuve psychiatrique, professionnel ou d'une autre source indépendante, il est impossible de conclure que c'était le cas pendant toute la période de sept ans. D'autre part, l'intimée n'a rien fait pour démontrer l'existence d'autres emplois convenables. Il faut aussi comprendre qu'un professeur sexagénaire qui avait été congédié pour incompétence et qui était aux prises avec son ancien employeur dans un processus judiciaire allait manifestement éprouver de la difficulté à trouver un poste de professeur dans une université.

Compte tenu de tous ces éléments, et vu l'obligation continue d'atténuer la perte qui incombait à l'appelant, il serait irréaliste de conclure qu'une personne ayant l'âge, l'intelligence, l'éducation et l'expérience de l'appelant n'aurait pu trouver aucune activité productive financièrement. L'absence

d'efforts d'atténuation doit entraîner une réduction des dommages-intérêts, et, dans les circonstances, je fixe cette réduction à un tiers. Je suis conscient que ce pourcentage est tout à fait arbitraire, mais les éléments de preuve à ce sujet sont vagues et, comme il l'a été souligné, l'affaire doit être réglée.

Il n'y a pas lieu de réduire les dommages-intérêts en raison des éventualités. L'exécution intégrale du contrat est devenue impossible et nous savons maintenant que l'appelant était disponible pour travailler pendant toute la période en cause.

(*Cohnstaedt v. Université of Regagné (1994)*, précité, page 217; traduction)

[225] Le groupe Cairns soutient que, dans son cas, rien ne permet de conclure à l'existence d'éventualités dont il faut tirer des inférences négatives ou de la possibilité d'atténuer la perte en trouvant des emplois mieux rémunérés. Toutefois, dans l'arrêt *Cohnstaedt v. Université of Regagné (1994)*, précité, la Cour a manifestement tiré des inférences des faits qui avaient été mis en preuve après avoir évalué les diverses éventualités, et la principale conclusion est le fait que M. Cohnstaedt aurait pu trouver quelque chose de productif financièrement à faire.

[226] Une troisième décision porte sur le montant des dommages-intérêts accordés pour la résiliation d'un contrat de travail à durée déterminée, c'est-à-dire un contrat qui ne pouvait pas être résilié en donnant un préavis raisonnable : *Freeman v. BC Tel*, 1997 CanLII 2191 (C.S.C.-B.).

[227] Dans cette affaire, le contrat de travail avait une durée de quatre ans, mais la défenderesse a congédié l'employé après environ 18 mois. Le plaignant a intenté une poursuite et réclamé 39 mois de salaire. La défenderesse soutenait qu'il fallait réduire ces dommages-intérêts en raison de l'éventualité que le contrat d'emploi n'aurait pas survécu jusqu'à son échéance de toute manière et que des efforts d'atténuation avaient réduit la perte et continueraient à le faire. Cette décision est pertinente à ces égards, surtout parce qu'elle porte sur des événements futurs prévus plutôt que sur une évaluation de réclamations allant seulement jusqu'à la date de l'audience. Au sujet des éventualités, la Cour suprême de la Colombie-Britannique est arrivée à la conclusion suivante :

[22]... lorsque la preuve étaye l'assertion selon laquelle, de toute manière, le contrat d'emploi n'aurait jamais atteint son échéance, on peut appliquer un facteur d'éventualité pour cet événement, ainsi que pour toute autre éventualité appropriée, de manière à réduire les dommages-intérêts qui seraient normalement accordés pour la violation contractuelle...

(*Freeman v. BC Tel*, précité; traduction)

[228] Pour accepter ce principe, la Cour s'est fondée sur une décision antérieure, l'arrêt *Rankin v. National Harbours Board (1981)*, précité. Elle s'est penchée sur divers autres facteurs qui pourraient influencer une telle éventualité :

[34] Il reste toujours possible que des événements très mineurs surviennent pendant la période où le contrat à durée déterminée aurait continué s'il n'avait pas été violé. On peut penser au décès, à des problèmes de santé, à une incapacité temporaire ou permanente, à un accident, à la faillite de l'employeur, à la démission de l'employé qui aurait trouvé un emploi mieux rémunéré ou plus satisfaisant, à la renégociation du contrat par l'employeur en cours de route afin d'augmenter la rémunération ou encore à d'autres événements plus inhabituels, voire catastrophiques. Selon le contexte, les éventualités peuvent être favorables ou défavorables. Il faut évidemment les évaluer et mettre en balance les éventualités favorables et celles qui sont défavorables.

(*Freeman v. BC Tel*, précité; traduction)

[229] Pour ce qui est de l'atténuation de la perte de salaire futur (30 mois), la Cour s'est prononcée de la sorte :

[46] La perte de salaire, de primes et d'avantages futurs pour la période allant du 1^{er} janvier 1998 au 1^{er} juillet 2000 (30 mois à raison de 12 510,93 \$ par mois) totalise 375 327,90 \$. Il faut réduire cette somme de façon importante pour tenir compte des efforts d'atténuation qui seront probablement faits. D'ailleurs, les principaux efforts d'atténuation – la recherche de possibilités d'emploi, l'annonce de sa disponibilité aux employeurs potentiels, le réseautage avec des gens bien informés et influents, la mise sur pied de sa propre entreprise de services de consultation et, plus important encore, l'obtention d'un doctorat – ont déjà été faits. Sur le marché du travail, le plaignant représente un candidat compétent et intéressant. Exception faite de la présente situation, le plaignant a un historique de travail bien rempli d'emplois rémunérateurs.

[47] En partant du montant total de la perte qu'il a subie jusqu'à maintenant, j'estime qu'une réduction des deux tiers de sa perte de salaire futur est appropriée. J'accorde donc au plaignant une somme de 125 109,30 \$ (un tiers de 375 327,90 \$) pour la perte de salaire futur.

(*Freeman v. BC Tel*, précité; traduction)

[230] Dans chacun de ces cas, l'approche consiste à établir la période restante d'un contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée. Cette période est ensuite ajustée en fonction des éventualités raisonnables qui pourraient avoir une incidence, c'est-à-dire la volonté ou la capacité future de l'employé de continuer à occuper le poste et la probabilité de l'existence future de ce poste. Par la suite, on évalue les possibilités de l'employé d'atténuer la perte en trouvant d'autre travail. Dans cette estimation des revenus qui permettraient à l'employé d'atténuer la perte à long terme, on tient aussi compte du fait que, après le congédiement, il peut y avoir une période initiale de chômage ou de sous-emploi, qu'un employé expérimenté qui obtient un emploi comparable peut néanmoins

gagner moins s'il commence au bas de l'échelle salariale et que le nouvel emploi peut être plus fragile, et donc plus susceptible d'être interrompu plus tard, que l'ancien emploi.

V – Dédommagement en général et pour les cinq cas types

A – L'approche de dédommagement pour la présente affaire

[231] La description de l'historique du présent litige faite à la partie I des présentes définit la violation sur laquelle le dédommagement est fondé. Abstraction faite de l'incertitude au sujet du droit de retour au CN, la violation découle des dispositions de l'ECÉ initiale qui portaient sur la sélection de chefs de train et de chefs de train adjoints pour les postes fusionnés et celles qui avaient trait à l'ancienneté des candidats admissibles à devenir mécaniciens de locomotive.

[232] Le redressement initial a consisté à ordonner aux parties de reprendre les négociations pour corriger la violation en concluant une ECÉ révisée qui protégerait les droits fondamentaux des membres du groupe Cairns admissibles à devenir mécaniciens de locomotive. Les parties ne l'ont pas fait.

[233] Le Conseil est alors allé plus loin. Dans la décision 230, il a établi un processus à deux étapes, dont la deuxième est maintenant achevée. La première étape reposait sur le principe que ceux qui avaient réussi les examens d'admissibilité auraient dû recevoir des postes de mécanicien de locomotive au fur et à mesure que de tels postes devenaient disponibles. Cela voulait dire que ces postes ne devaient pas être donnés à des mécaniciens de locomotive de VIA ayant moins d'ancienneté ou à d'autres mécaniciens de locomotive transférés du CN. Selon le Conseil, c'est ainsi que la « liste intégrée d'ancienneté » aurait dû être établie.

[234] Le Conseil estimait que, en date de la décision 230, tous ceux qui avaient réussi le processus d'examen auraient dû avoir été placés, selon l'ordre d'ancienneté des agents de train, dans les rangs des employés alors qualifiés de mécaniciens d'exploitation. Ils ne l'ont pas été. Toutefois, en date de la décision 230, pour donner ces postes aux candidats admissibles, il aurait fallu qu'un nombre considérable de mécaniciens de locomotive transférés soient renvoyés au CN, ce qui aurait perturbé

les activités du CN et de VIA ainsi que de nombreuses carrières. Le Conseil a plutôt ordonné que les employés touchés soient « dédommagés ».

[235] Dans la décision 230, le Conseil a expliqué que le dédommagement prévu était fondé sur « la valeur pécuniaire des facteurs envisagés par le Conseil » dans la partie précédente de la même décision. Il visait à ce que, dans la mesure où le calcul le permettrait, les employés qui auraient normalement obtenu les postes disponibles soient placés dans une situation pécuniaire équivalente à celle qui aurait été la leur si ce placement avait été fait. Malgré les arguments valables avancés à l'appui de la proposition contraire, le dédommagement ordonné dans la décision 230 était manifestement fondé sur le principe du redressement intégral, principe qui a seulement été modifié dans la mesure où le redressement en nature était difficilement applicable à l'égard de postes qui étaient déjà occupés par d'autres employés. Cette approche a été examinée par les tribunaux et confirmée par ceux-ci.

[236] En l'espèce, une partie des dommages-intérêts découle directement de la violation, alors que d'autres sont nés, ou ont été amplifiés par le défaut de VIA et de la FIL de négocier l'entente comme le Conseil l'avait ordonné (la décision 35) ou de prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre de l'ordonnance subséquente du Conseil (décision 230, dans sa version modifiée).

[237] Si les plaignants membres du groupe Cairns qui possédaient les compétences requises avaient obtenu les postes auxquels la formation et la liste intégrée d'ancienneté leur donnaient droit (conformément à la partie IV de la décision 230), ils auraient tous profité des avantages et de la rémunération associés à ces postes. Le Conseil a déjà établi le taux salarial présumé, en fonction de la rémunération moyenne de chaque complexe ferroviaire. Chacun de ces membres aurait aussi profité des protections en matière de mise à pied que leur « ancienneté à titre d'agent de train » leur aurait conférées.

[238] Tous ces employés n'auraient pas pu obtenir de poste en même temps, mais ils auraient tous pu en avoir un en date de la conclusion de l'audience. Au paragraphe 141 de la décision 230, le Conseil a fixé la façon dont la date présumée du rappel de chaque mécanicien de locomotive devait être calculée. La question du fonctionnement du « processus d'attribution fictive des postes vacants »

reste en litige, mais elle sera abordée ci-dessous. Dans la plupart des cas, les employés auraient été mis à pied de leur poste à VIA pendant une certaine période, en attendant une occasion d'être formés par VIA. De telles périodes ne donnent droit à aucun dédommagement pour perte de rémunération.

[239] Si le processus avait été mis en œuvre – et en presumant que ces employés auraient bel et bien possédé les compétences requises d'agents de train (une éventualité analysée ci-dessous) –, ce sont eux qui auraient travaillé pour VIA comme mécaniciens de locomotive, et non pas les mécaniciens de locomotive de VIA qui avaient moins d'ancienneté ou encore ceux qui provenaient du CN, c'est-à-dire les personnes qui ont obtenu les postes. Ils auraient pu continuer à travailler pendant toute leur carrière (là encore, sous réserve des aléas du monde du travail et de la vie en général). On pourrait prétendre qu'ils auraient pu être congédiés pour des motifs valables; il s'agit bien sûr d'une éventualité, mais rien ne donne à penser qu'un seul d'entre eux était particulièrement destiné à ce sort. Ils auraient pu tomber malades ou se blesser. Ils auraient aussi pu être mis à pied, mais, si la liste d'ancienneté avait été intégrée en tenant compte de l'ancienneté à titre d'agent de train, leurs droits d'ancienneté leur auraient accordé une certaine protection contre cette éventualité. Ils auraient aussi pu faire l'objet d'une convention collective renégociée, mais toute entente de cette nature qui les aurait visés spécifiquement aurait posé les mêmes problèmes que l'entente dont découle la violation initiale.

[240] VIA affirme que les plaignants ont seulement droit à un dédommagement équivalant à un préavis raisonnable, conformément aux principes de common law analysés ci-dessus. Le Conseil rejette cette approche, qui vise à dédommager un autre type de violation. En common law, un employé peut être congédié au moyen d'un préavis raisonnable, et la perte qu'il subit repose sur l'absence de ce préavis. En l'espèce, si les employés en cause avaient été réintégrés comme le Conseil l'avait envisagé, ils n'auraient pas pu être congédiés au moyen d'un préavis raisonnable. Le dédommagement préconisé par VIA ne correspond tout simplement pas aux pertes subies par les plaignants.

[241] Le groupe Cairns soutient qu'une partie des dommages-intérêts pourrait être calculée en s'inspirant du genre d'entente de maintien du salaire ou d'indemnité de cessation d'emploi qui découlent des dispositions sur les « avis de modifications importantes » se trouvant dans les

conventions collectives de VIA et ailleurs dans le secteur ferroviaire. Cela constitue l'un des chefs de dommages réclamés par le groupe Cairns. Le principal motif de cette réclamation repose sur les avantages fiscaux qu'offre ce chef de dommages. Malheureusement, le groupe Cairns n'a établi aucun principe qui justifierait l'octroi de ce genre de dédommagement. L'expérience dans le secteur démontre que, lorsque ces indemnités sont accordées, elles sont adaptées à chaque situation et sont toutes fort différentes. Elles incluent parfois des avantages comme des ententes de maintien du salaire, des indemnités de départ structurées et des ententes de transition vers la retraite anticipée. Cela donne à penser que, pour fixer tout plafond aux dommages-intérêts, il y a lieu de prendre en considération le genre d'entente que des parties concluent habituellement dans de telles circonstances, tout en gardant à l'esprit que les suppressions d'emploi sont possibles dans n'importe quel milieu de travail et que les relations d'emploi prennent normalement fin par un règlement et un congédiement, plutôt que par une garantie indéterminée de rémunération sans travail. Les montants de ces règlements reflètent généralement la « valeur actualisée » des revenus futurs probables, l'obligation de comptabiliser les revenus servant à atténuer la perte, les aléas de la vie et du travail, et ainsi de suite. Toutefois, il faut aussi reconnaître que ce genre de règlement concerne habituellement tous les employés susceptibles d'être mis à pied, et non seulement certains d'entre eux, comme c'est le cas en l'espèce.

[242] Les auteurs des décisions arbitrales citées ci-dessus ont cherché, en vain, une formule généralement acceptée pour déterminer les dommages-intérêts lorsqu'un congédiement est annulé, mais que la réintégration est refusée. Cela est partiellement attribuable au fait que cette analyse a trait aux raisons « apparentées à des motifs valables » (traduction) pour lesquelles l'employé en question n'est pas réintégré (habituellement décrites comme une détérioration complète de la relation d'emploi). En l'espèce, tout « motif » est attribuable aux intimés, et non pas aux chefs de train. Le droit établi en la matière n'offre tout simplement pas de cadre pratique pour déterminer les dommages-intérêts dans la présente affaire.

[243] Par ailleurs, on peut trouver un tel cadre dans les décisions judiciaires où les tribunaux ont évalué la perte subie par des employés dont la réintégration avait été ordonnée, mais qui étaient néanmoins restés sans emploi. Il s'agit notamment des arrêts *Rankin v. National Harbours Board* (1981), précité, *Cohnstaedt c. Université of Regina* (1995), précité, et *Freeman v. BC Tel.*, précité.

Ces décisions sont fondées sur les principes du droit contractuel. Dans l'arrêt *Cohnstaedt*, en lien avec l'exécution du contrat, le montant des dommages-intérêts a été défini comme « équivalent] au salaire et aux avantages que l'appelant aurait obtenus durant la période allant du congédiement à la date normale de sa retraite, sous réserve, bien sûr, des réductions appropriées au titre des éventualités et de l'obligation d'atténuer la perte » (traduction).

[244] Cette approche ne représente pas l'octroi inconditionnel d'un revenu à vie, sans aucune obligation de travailler. Autant les éventualités que l'obligation d'atténuer la perte sont des considérations réelles, qui comprennent une évaluation – aussi difficile soit-elle – des dommages-intérêts véritables et inévitables que la personne a subis ou continuera à subir.

[245] En l'espèce, il s'agissait d'abord d'une violation de la loi. Cependant, comme les appelants l'ont souligné et soutenu devant la Cour d'appel fédérale, dans la décision 230, le Conseil a essentiellement imposé des modalités contractuelles conformes à la loi après que les parties n'ont pas réussi entre elles à négocier de telles modalités. Le Conseil a ensuite accordé un redressement consistant en un dédommagement, plutôt qu'un redressement en nature, pour remédier à la violation de ces modalités contractuelles. Ainsi, il y a lieu de se fonder sur les principes du droit contractuel pour établir le cadre de dédommagement.

[246] De plus, cette approche répond à deux autres questions soulevées par les parties. Depuis le départ, le groupe Cairns soutient qu'aucun devoir d'atténuation ne doit lui être imposé. Le Conseil rejette cette approche. Même dans la décision *Samuel John Snively*, précitée, le Conseil a reconnu que les sommes véritablement gagnées doivent être mises en balance avec les dommages-intérêts accordés, et ce, afin d'éviter que le dédommagement réponde à des pertes inexistantes, et qu'il devienne ainsi punitif. Bien qu'une demande de réintégration en instance devant le Conseil en lien avec une plainte de pratique déloyale de travail puisse modifier l'obligation qu'a l'employé de chercher un emploi permanent ailleurs, il n'y a aucune raison de ne pas tenir compte des sommes réellement gagnées ou de celles que l'employé aurait pu gagner s'il avait fait preuve de diligence raisonnable dans les circonstances.

[247] La deuxième de ces questions est l'assertion de VIA selon laquelle le Conseil n'a pas le pouvoir d'accorder des dommages-intérêts pour une perte future, et que, par conséquent, le dédommagement peut seulement viser les pertes établies en date de la décision 230. Dans chacun des arrêts *Rankin v. National Harbours Board* (1981), précité, *Cohnstaedt v. Université of Regagné* (1995), précité, et *Freeman v. BC Tel.*, précité, des pertes futures ont été évaluées. Le Conseil ne peut concevoir d'aucune raison de principe qui appuierait l'assertion selon laquelle, si une partie est jugée responsable dans une ordonnance après que le Conseil a conclu à l'existence d'une violation du *Code* qui cause une perte actuelle et future, cette partie serait absoute de toute responsabilité pour les pertes subséquentes à l'audience. Évidemment, le Conseil préfère toujours accorder un redressement intégral en nature, ce qui empêche la perte de continuer. Le Conseil a essayé d'appliquer cette solution, les parties y ont résisté, puis, dans la décision 230, il l'a abandonnée parce qu'elle n'était plus pratique. Après la décision 230, cette perte est devenue un chef de dommages réel et, plus important encore, continu, sous réserve de l'évaluation des éventualités et de l'obligation d'atténuation. Jusqu'à ce moment-là, les pertes futures auraient pu être évitées. En fait, les parties auraient même pu les minimiser ultérieurement si elles avaient accepté de former et de placer volontairement une partie ou la totalité des membres du groupe Cairns.

[248] Évidemment, les membres du groupe Cairns ne sont pas tous dans la même situation. Leur âge et leur ancienneté varient, ils n'ont pas tous fait les mêmes choix jusqu'à maintenant et les éventualités dont ils peuvent faire l'objet et le degré d'atténuation qu'ils ont pu réaliser ou pourront atteindre ne sont pas les mêmes. Ils auraient tous été admissibles à un rappel au travail afin d'être formés à des dates différentes. C'est exactement à ces facteurs que la liste des postes vacants et la liste d'admissibilité visaient à répondre.

[249] Toutefois, les parties ne sont pas d'accord sur ce que le Conseil voulait dire lorsqu'il a ordonné l'établissement de la liste d'admissibilité, de la liste des postes vacants et du processus d'attribution fictive des postes. Selon VIA, toutes les attributions doivent être fondées sur l'ancienneté au sein du complexe ferroviaire ou du district d'ancienneté. Autrement dit, chaque employé figurant sur la liste d'admissibilité devrait seulement avoir droit à des dommages-intérêts pour les postes vacants qu'il aurait normalement pu obtenir si les listes d'ancienneté avaient été intégrées selon son complexe ferroviaire d'attache. VIA soutenait initialement que cette approche était absolument nécessaire

parce que certains des plaignants appartenant au groupe 2 (ceux qui avaient d'abord échoué à l'examen et au processus d'entrevue) auraient pu s'immiscer parmi les membres du groupe 1. Des faits ultérieurs ont fait disparaître cette objection. Selon VIA, aucun des postes devenus vacants après le 15 mai 2003 ne doit être pris en compte. Cet argument découle simplement de la position générale de VIA selon laquelle aucun fait postérieur à la décision 230 ne doit être pris en considération. Le Conseil n'est pas du même avis, mais cette question est devenue assez théorique en raison du nombre de plaignants restant et du nombre de postes devenus vacants avant cette date.

[250] VIA affirme que, si le Conseil s'était fondé sur l'ancienneté au sein du complexe ferroviaire ou du district d'ancienneté, certains plaignants auraient seulement été rappelés au travail après le 15 mai 2003. Ils auraient donc simplement le droit d'être rappelés pour suivre une formation, et non de recevoir des dommages-intérêts. Le Conseil souligne que, si tel était le cas, VIA aurait dû accorder des occasions de formation à ces employés après cette date-là. Elle n'en a rien fait. Depuis le départ, VIA et la FIL pouvaient s'entendre pour que des employés soient rappelés, mais elles n'ont fait aucune proposition à cet égard.

[251] Le groupe Cairns soutient pour sa part qu'il faudrait considérer que les employés de VIA qui ont obtenu des postes de mécanicien de locomotive après être sortis de leur retraite ont obtenu des postes vacants. Le Conseil ne modifiera pas le processus pour tenir compte de telles situations.

[252] Le groupe Cairns se fonde sur les paragraphes 94 et 124 de la décision 230 pour affirmer que les plaignants dont le nom figure sur la liste d'admissibilité doivent pouvoir présenter leur candidature pour tous les postes vacants. Le Conseil s'est exprimé de la sorte au paragraphe 94 :

[94] Le Conseil croit comprendre que la mobilité des employés est habituellement limitée à leur district d'ancienneté. Cependant, vu les effets inhabituels du projet ENSV de VIA, le Conseil estime que le principe général voulant qu'on offre aux chefs de train toutes les chances possibles de participer au programme de formation devrait primer sur tout le reste. Concrètement, cela veut dire qu'il faut permettre aux chefs de train de postuler un emploi dans les autres districts...

[253] Selon VIA, ce paragraphe est supplanté par l'approche de « redressement subsidiaire » adoptée par le Conseil à la partie V de la décision 230. Le Conseil est en désaccord. L'approche prônée par VIA repousserait la date de rappel de certains chefs de train et rendrait des postes vacants plus tôt pour quelques autres, selon la situation dans chaque complexe ferroviaire et district d'ancienneté.

Les redressements prévus à la partie V ne sont pas entièrement isolés de l'analyse présentée à la partie IV. Le Conseil ne voit pas pourquoi l'ordre d'attribution des postes vacants aux plaignants admissibles à recevoir des dommages-intérêts devrait être moins flexible que celui qui avait été proposé pour les plaignants qui devaient bel et bien être rappelés au travail. L'attribution fictive sera faite en fonction de l'ensemble des postes vacants, et non seulement de ceux du même complexe ferroviaire ou district d'ancienneté. Il n'est pas nécessaire de se pencher sur les autres questions abordées au sous-paragraphe 141xi) de la décision 230, par exemple le rappel au complexe ferroviaire d'attache après la formation. Une foule d'arguments spéculatifs peuvent être avancés quant à la question de savoir quels chefs de train auraient pu exercer leurs droits d'ancienneté aux dépens des autres. Comme le Conseil l'a reconnu dans la décision 230, passé un certain point, l'analyse de ces éventualités interdépendantes dépasse la simple reconstitution.

[254] Les cinq cas types sont analysés ci-dessous à partir de cette approche générale et en tenant compte de ces considérations. Chacun de ces cas a été choisi par le groupe Cairns afin de soulever des questions précises qui peuvent aussi s'appliquer à d'autres plaignants.

1 – Paul Swim

[255] C'est le cas de M. Swim qui illustre le mieux la question fondamentale dans la présente affaire. Il possède les compétences requises pour travailler comme mécanicien de locomotive au CN et à VIA. Le 1^{er} juillet 1998, lorsque VIA a tenté de lui attribuer un poste de mécanicien de locomotive, les mécaniciens du CN, eux aussi représentés par la FIL, mais dans l'unité de négociation du CN, ont eu recours à des moyens de pression au travail. Ces derniers estimaient avoir droit à ce poste en priorité sur M. Swim, qui se situait très bas sur la liste d'ancienneté de mécaniciens de locomotive du CN. M. Swim a décrit l'incident de la façon suivante :

Je me suis présenté au travail vers 17 h 20 et, lorsque je suis arrivé à la gare de VIA, ma voiture a été encerclée par une douzaine de mécaniciens de locomotive du CN. (Note : les mécaniciens de locomotive du CN peuvent postuler pour tous les postes permanents vacants à VIA. De plus, les postes de mécanicien de locomotive à VIA sont convoités par les mécaniciens de locomotive du CN qui sont en haut de leur liste d'ancienneté. Le fait qu'on voulait m'attribuer ce poste vacant aurait été une grande source d'inquiétude pour eux, parce que je me trouve presque au dernier rang de leur liste d'ancienneté.) Chris Smith s'est approché de mon véhicule et m'a informé que, même si lui et les autres mécaniciens de

locomotive du CN n'avaient rien contre moi personnellement, ils n'allaient pas me permettre d'occuper un poste permanent de mécanicien de locomotive à VIA parce que ce poste aurait dû être annoncé au CN.

(traduction)

[256] Le cas de M. Swim n'a donc rien à voir avec la formation. Il s'agit d'un simple conflit de droits d'ancienneté entre les employés de VIA ayant moins d'ancienneté qui étaient mécaniciens de locomotive à VIA ou voulaient le devenir et les employés du CN ayant plus d'ancienneté qui détenaient déjà des droits d'ancienneté à l'égard de ces postes, droits que la FIL n'avait pas pris en compte ou annulés dans les négociations tenues après qu'elle avait assumé l'obligation de représenter les chefs de train de VIA.

[257] Cependant, le cas de M. Swim met aussi en lumière l'envers de la médaille, c'est-à-dire le point de vue des mécaniciens de locomotive du CN. M. Swim était mécanicien de locomotive au CN, mais il se trouvait au bas de cette liste d'ancienneté. Il a expliqué sa situation antérieure au CN :

Je suis employé du CN depuis 1973, comme agent de train (depuis 1975), puis comme chef de train. En 1981, j'ai obtenu le titre de mécanicien de locomotive. Au CN, j'ai travaillé principalement comme chef de train ou agent de train, mais j'ai aussi travaillé sporadiquement comme mécanicien de locomotive, de façon ponctuelle. En 1995, après la mise en œuvre de l'entente du « 5 mai » dans le Canada atlantique, je n'arrivais plus à obtenir de travail à Moncton et j'ai donc adopté temporairement Edmundston comme complexe ferroviaire d'attache. Après y avoir travaillé pendant environ deux mois, j'ai été rappelé au complexe de Moncton. Puisque je ne pouvais jamais être certain de travailler comme agent de train pour le CN à Moncton, j'ai décidé d'être transféré à VIA lors du changement d'horaire de l'automne 1995. J'ai travaillé à VIA comme chef de train adjoint et comme chef de train (parfois même comme mécanicien de locomotive) jusqu'au 30 juin 1998, quand le projet relatif à la composition des équipes a entraîné l'abolition de tous les postes de chefs de train.

(traduction)

[258] Bref, M. Swim a quitté son poste de mécanicien de locomotive au CN, où il avait peu d'ancienneté, pour aller travailler comme chef de train à VIA. Aux yeux des mécaniciens de locomotive du CN ayant davantage d'ancienneté que lui, M. Swim cherchait à « passer avant son tour » et à utiliser son transfert au poste de chef de train comme raccourci pour obtenir un poste de mécanicien de locomotive à VIA, qui était « convoité » par les mécaniciens de locomotive du CN. Cette observation ne vise pas à remettre en cause le bien-fondé de décisions prises il y a longtemps. Cependant, le cas de M. Swim met en relief les conflits existant entre divers travailleurs du rail quant aux droits qu'ils estimaient avoir, surtout au sein de la FIL élargie. Cela découle directement des

ententes de longue date, mais inhabituelles, qui ont entraîné l'imbrication des droits d'ancienneté et qui avaient été conclues par deux entreprises qui étaient, au départ, des sociétés d'État.

[259] M. Swim a témoigné au sujet des événements résumés ci-dessus et de sa carrière, qui l'a vu passer du CN à VIA, puis retourner au CN. Il est né en 1955. Il a commencé à travailler au CN en juillet 1973, dans les hangars à marchandises. En 1975, il a obtenu un transfert au sein du personnel itinérant. Bien qu'il ait commencé sa carrière dans le district d'ancienneté n° 5, il a plus tard été transféré à Moncton, dans le district n° 7. Sa date d'ancienneté au sein du personnel itinérant du CN est le 5 juillet 1975. Il demeure encore à Moncton. M. Swim a obtenu le titre de chef de train en 1978. En janvier 1983, il a obtenu celui de mécanicien de locomotive au CN, après un cours de six semaines et une formation en cours d'emploi de dix mois. Comme mécanicien de locomotive, il conduisait des trains de passagers et des trains de marchandises sur la ligne reliant Moncton et Saint John, au Nouveau-Brunswick. C'est principalement par l'intermédiaire de la liste de réserve qu'il travaillait comme mécanicien de locomotive. Les appels pour effectuer ces tâches étaient imprévisibles, car on lui demandait seulement de faire ce travail lorsque d'autres mécaniciens de locomotive n'étaient pas disponibles. À Moncton, il travaillait régulièrement comme chef de train.

[260] En décembre 1995, M. Swim a été transféré à VIA, toujours à Moncton. Il n'avait donc pas beaucoup d'ancienneté directe à VIA. Il avait un poste de chef de train sur la liste de réserve, ce qui lui donnait droit à deux jours de congé par semaine. Il y avait seulement deux trains par jour, qui représentaient chacun une période de travail de 6 à 8 heures. M. Swim trouvait que sa routine de travail à VIA améliorait beaucoup sa vie de famille et il aimait son travail.

[261] Au printemps 1998, comme M. Swim avait déjà la formation de mécanicien de locomotive, VIA l'a envoyé prendre un cours à Halifax afin de lui donner la formation supplémentaire exigée par le projet ENSV pour le nouveau poste. Il a effectué sa dernière journée de travail comme chef de train le 30 juin 1998. Lorsqu'il a reçu son formulaire d'inscription, il a indiqué qu'il voulait devenir mécanicien de locomotive. M. Swim voulait rester à VIA en raison de la rémunération, des conditions de travail et du généreux régime de retraite.

[262] M. Swim a raconté ce qui lui était arrivé lorsqu'il devait commencer à travailler comme mécanicien de locomotive pour VIA. Le responsable de l'affectation des équipes l'a appelé à 14 h 30 pour l'informer que lui et un autre employé, Wayne Lester, allaient obtenir des postes permanents de mécanicien de locomotive. M. Swim savait que la FIL était opposée à cette décision, mais VIA l'a assuré qu'elle n'allait pas reculer.

[263] Lorsque M. Swim s'est présenté au travail, sa voiture a été encerclée par une douzaine de mécaniciens de locomotive du CN, qui protestaient contre la décision de lui attribuer le poste vacant de mécanicien de locomotive au complexe ferroviaire de Moncton. Selon eux, les mécaniciens de locomotive du CN ayant davantage d'ancienneté que M. Swim avaient le droit de postuler pour cet emploi et auraient dû l'obtenir. C'est le président de la section locale de la FIL qui a expliqué à M. Swim que les mécaniciens de locomotive du CN n'avaient rien contre lui personnellement, mais qu'ils n'avaient pas l'intention de le laisser occuper ce poste. Il a conseillé à M. Swim de retourner chez lui et de téléphoner à VIA pour avertir son employeur que les protestataires l'avaient empêché de sortir de sa voiture.

[264] Plus tard, M. Swim a reçu un appel du coordonnateur de trains, qui lui a demandé s'il pouvait s'occuper d'un voyage en s'embarquant à environ un kilomètre des frontières de la ville. Lorsqu'il s'est rendu à cet endroit, la police était déjà sur les lieux. Le président de la section locale de la FIL était debout devant le train, et le coordonnateur de trains de VIA était à bord de la locomotive. Le représentant de la FIL avait l'intention de bloquer le train jusqu'à ce que le poste en litige soit affiché au CN. Par la suite, la police l'a déplacé de là.

[265] Un haut dirigeant de VIA a de nouveau assuré à M. Swim que VIA n'avait pas l'intention de faire marche arrière. Cependant, les deux postes en cause étaient devenus vacants parce que deux mécaniciens de locomotive de VIA avaient décidé d'accepter la pension 50/30 offerte dans le cadre du projet ENSV. Entre temps, on a persuadé ces personnes de changer d'idée et de plutôt prendre une retraite normale. M. Swim croit qu'ils ont reçu un paiement important en échange de cette décision. Selon lui, leur décision de changer d'idée et de ne pas prendre de retraite anticipée est attribuable à leur loyauté envers la FIL et à leur volonté de voir les autres mécaniciens de locomotive du CN avoir priorité sur leurs postes.

[266] Par la suite, M. Swim et M. Kostler ont appelé des hauts dirigeants de VIA presque quotidiennement au sujet de leurs postes. On leur a dit que VIA n'avait pas l'intention d'aller chercher des employés du CN alors qu'il y avait déjà des employés possédant les compétences requises à VIA.

[267] M. Swim est retourné au CN juste après la décision de l'arbitre Picher. Il a été mis à pied par le CN du 3 octobre au 17 décembre 2000, du 20 janvier au 14 avril 2001 et du 22 avril au 25 mai 2001. La situation de M. Swim a été choisie comme cas type pour les raisons suivantes :

M. Paul Swim est inscrit sur la liste de priorité. En son nom, nous réclamons notamment un dédommagement pour perte de gains et pour perte de possibilités d'emploi à titre de mécanicien de locomotive relevant du projet ENSV. Nous réclamons aussi toute perte relative aux avantages d'emploi qu'il aurait eus s'il avait pu travailler comme mécanicien de locomotive relevant du projet ENSV (y compris le régime de pension de VIA).

Au nom de M. Swim, nous soutenons qu'il devrait avoir droit au maintien intégral du salaire ainsi qu'à des dommages-intérêts pour la manière dont il a été exclu de VIA alors qu'il y a travaillé comme mécanicien de locomotive jusqu'en septembre 1998...

(traduction)

[268] Le groupe Cairns cherche à tracer une distinction entre les personnes qui ont été formées comme mécanicien de locomotive – désignées comme étant inscrites sur la liste de priorité – et les autres qui étaient admissibles à cette formation. La FIL et VIA soutiennent que la décision 230 ne fait pas cette distinction. Il est vrai qu'elle exempte les chefs de train déjà formés de tout autre test, mais elle les place simplement sur la liste d'admissibilité, comme tous ceux qui ont réussi les tests.

[269] Si le Conseil acceptait l'argument du groupe Cairns quant au cas de M. Swim, ce dernier aurait priorité (en raison de sa formation antérieure) sur les autres membres du groupe ayant plus d'ancienneté que lui et qui, selon le Conseil, auraient dû avoir l'occasion d'être formés et de travailler comme mécanicien de locomotive à VIA. L'approche proposée par le groupe Cairns est incohérente et n'est pas appuyée par le libellé de la décision 230.

[270] La « liste de priorité » n'a plus aucune importance. Le choix d'accorder des dédommagements plutôt que des postes, qui a été fait dans la décision 230, s'applique autant à ceux qui ont été formés qu'à ceux qui auraient dû l'être selon le Conseil. Avec tous les égards, le Conseil estime que le

groupe Cairns cherche à débattre de nouveau d'une question qui a déjà été tranchée. Il est évident qu'il est plus facile pour VIA d'accorder un poste à M. Swim qu'à une personne qui n'a pas encore été formée officiellement, mais cela était connu lorsque le Conseil a rendu la décision 230. Le Conseil souscrit à l'observation suivante de VIA : « Les employés figurant sur la liste de priorité ne bénéficient pas d'un traitement préférentiel pour une raison toute simple : ce n'est pas ce que le Conseil a ordonné » (traduction). Les sous-paragraphes vi) et xii) du paragraphe 141 de la décision 230 sont clairs. Le Conseil (on le répète) y est arrivé aux conclusions suivantes :

[141] ...

vi) Les chefs de train qui ne travaillent pas comme mécanicien de locomotive et qui sont inscrits sur les listes de priorité actuellement en vigueur ne sont pas tenus de subir le test à nouveau (même s'ils ont obtenu moins de 60 %); ils doivent en outre être inscrits sur la liste d'admissibilité mentionnée ci-après.

...

xii) L'ancienneté des chefs de train qui ont obtenu le titre de mécanicien de locomotive depuis le 1^{er} juillet 1998 et qui occupent un poste de mécanicien de locomotive chez VIA doit être intégrée à celle des autres mécaniciens de locomotive du complexe ferroviaire ou du district d'ancienneté, selon le cas, où ils travaillent actuellement. Les chefs de train ont droit à un dédommagement correspondant aux avantages et au salaire perdus du fait qu'ils étaient inscrits au bas de la liste d'ancienneté, rétroactivement à la date à laquelle le premier des anciens chefs de train a terminé avec succès le programme de formation des mécaniciens de locomotive.

[271] M. Swim était inscrit sur la liste de priorité, et il a été inclus dans la liste d'admissibilité sans devoir subir de test. Il ne travaillait pas à VIA comme mécanicien de locomotive, et ce, même s'il estime que, compte tenu des événements de juillet 1998, tel aurait dû être le cas. Tous les faits qui sont invoqués aujourd'hui étaient connus, ou auraient pu être soulevés avant que le Conseil ne rende la décision 230. Le dédommagement de M. Swim sera établi de la même manière que toutes les autres personnes inscrites sur la liste d'admissibilité. Par conséquent, malgré sa formation, M. Swim est placé à un rang inférieur à ses collègues ayant davantage d'ancienneté qui n'ont pas été formés, mais qui auraient dû avoir l'occasion de l'être.

[272] Le fait que M. Swim ait déjà été formé à une conséquence : dans son cas, on ne peut pas affirmer qu'il n'aurait peut-être pas réussi à obtenir le titre après une période de formation. C'est un argument que VIA invoque à l'encontre de tous ceux qui n'ont pas été formés.

[273] Le groupe Cairns réclame des dommages-intérêts pour la manière dont M. Swim a été exclu de VIA en septembre 1998. Quoique ces circonstances aient incontestablement été perturbantes et traumatisantes pour M. Swim, et que leurs conséquences sur ses rapports ultérieurs avec la FIL et VIA aient été une source de frustration, il ne s'agit pas de questions qui relèvent de la violation sur laquelle le redressement accordé repose. Cette réclamation est donc rejetée, car elle dépasse la portée de la présente décision.

[274] M. Swim sera dédommagé pour sa perte de salaire, en fonction des gains moyens d'un mécanicien de locomotive travaillant au complexe ferroviaire de Moncton, moins la rémunération qu'il a tirée de son emploi actuel auprès du CN et de tout autre emploi, sur la base du revenu total (c'est-à-dire, non sur le revenu annuel), pour la période allant de sa date d'attribution fictive d'un poste vacant jusqu'à la première des dates suivantes : la date où il a pris sa retraite du CN, le cas échéant; la date où il a cessé de travailler pour le CN, le cas échéant; ou le 5 juillet 2010. Cette troisième date a été choisie parce que, ce jour-là, il aurait atteint l'âge de 55 ans et achevé sa 35^e année de service. Il n'y a pas lieu de dédommager M. Swim pour la perte de rémunération après cette date, car il aurait fort probablement pris sa retraite à ce moment-là.

2 – George Cairns

[275] M. Cairns a commencé à travailler pour le CN à Toronto, en Ontario, en 1974. En 1985, il a changé de complexe ferroviaire d'attache pour aller à Windsor, en Ontario, afin de travailler plus souvent sur les trains de passagers. Il a ensuite obtenu un transfert à VIA le 5 mai 1987, pour qui il a travaillé comme chef de train à Windsor jusqu'au 1^{er} juillet 1998. Le groupe Cairns a choisi la situation de M. Cairns comme cas type pour les raisons suivantes :

5. George Cairns

Nous avons choisi M. Cairns comme exemple d'un employé qui a dû déménager pour réduire ses pertes au minimum. À tout le moins, M. Cairns devrait avoir droit à l'indemnité de déménagement complète, que VIA a refusé de payer à un seul des chefs de train qui ont déménagé. Nous rappelons au Conseil les éléments de preuve relatifs au cas de M. Roger Scarrow, qui n'a jamais reçu son indemnité de déménagement.

Nous avons fourni un résumé de la situation de M. Cairns. En plus de tous les éléments mentionnés dans le résumé, nous demandons que M. Cairns reçoive une somme au titre de toute perte de salaire et des dommages-intérêts pour perte de possibilités d'emploi à titre de mécanicien de locomotive relevant du

projet ENSV. M. Cairns a réussi le test d'aptitude à la mécanique de Bennett et l'entrevue. Manifestement, M. Cairns est l'un des chefs de train qui ont été forcés de retourner au CN, où il travaille encore aujourd'hui. Nous réclamons aussi une somme au titre de l'écart entre les régimes de pension.

(traduction)

[276] Le résumé de la situation présenté relativement à la réclamation d'indemnité de déménagement de M. Cairns est rédigé de la sorte :

... Avant son transfert à VIA, son complexe ferroviaire d'attache au CN était celui de Windsor. En août 2000, il a dû choisir un poste au CN. À ce moment-là, à Windsor, le seul poste auquel son ancienneté lui donnait accès était au service de triage, et non pas au service routier. Compte tenu de l'écart de rémunération entre le service de triage et le service routier, M. Cairns a transféré à Sarnia afin de travailler dans le service routier, service pour lequel il travaillait à VIA, parce que la rémunération y était plus élevée.

Par la suite, il a fait la navette entre Sarnia et Windsor pendant environ 3 mois, jusqu'à ce qu'il réussisse à vendre sa maison. Après avoir vendu sa maison, le 2 octobre 2000, il a dû louer un logement jusqu'à ce qu'il achète une maison dans la région de Sarnia.

Réclamation : indemnité de réinstallation de 25 000 \$. Il s'agit de la somme que VIA a payée aux employés qui ont acquis les compétences requises comme mécaniciens de locomotive conformément à l'ECÉ et au projet ENSV et qui ont déménagé pour travailler comme mécanicien de locomotive. Dans le cas de M. Cairns, comme son complexe ferroviaire d'attache à VIA était celui de Windsor, il aurait été obligé de déménager dans la région du grand Toronto après avoir obtenu le titre de mécanicien de locomotive et aurait donc eu droit à l'indemnité de réinstallation de VIA.

VIA soutiendra peut-être que M. Cairns a déménagé volontairement pour aller travailler au CN, mais, compte tenu de l'écart de rémunération entre un poste au service de triage à Windsor et un poste au service routier à Sarnia, une réclamation pour perte de gains dépasserait grandement sa réclamation d'indemnité de réinstallation. De plus, il est incontestable que M. Cairns aurait reçu une indemnité de réinstallation de VIA pour aller travailler dans la région du grand Toronto.

Nous réclamons une somme au titre de la location d'un logement pour la période allant du 2 octobre 2000 à décembre 2000, lorsque M. Cairns a pris possession de sa maison.

Nous réclamons une indemnité de transport quotidien pour la période allant d'août à octobre 2000.

(traduction)

[277] M. Cairns a témoigné et produit des documents au sujet de la nécessité de son déménagement et des frais qui y sont liés. Cette question a été traitée expressément au paragraphe 126 de la décision 230 :

[126] Les conducteurs qui ont été contraints de retourner travailler au CN à cause de la décision arbitrale et qui ont ensuite été obligés d'accepter un poste dans un autre complexe ferroviaire pour continuer à

travailler, mais qui n'ont pas eu droit à l'indemnité de réinstallation qui leur aurait été versée en temps normal **devraient recevoir un montant de 25 000 \$ à titre de dédommagement pour ce transfert.**

(c'est nous qui soulignons)

[278] Le paragraphe 126 se trouve dans la partie IV de la décision 230. Dans la partie V, le Conseil a statué que les personnes dans la situation de M. Cairns auraient « droit au dédommagement pécuniaire tenant lieu de redressement » (voir le sous-paragraphe 141x)). Comme il l'a été souligné précédemment, le paragraphe 126 constitue une observation sur les redressements. Le Conseil n'y a pas dit que les chefs de train avaient droit à cette somme en vertu de la convention collective (ou même de l'ECÉ), mais il s'est manifestement inspiré de cette disposition pour fixer le montant de ce dédommagement.

[279] M. Cairns a obtenu un transfert de Windsor à Sarnia afin d'avoir un poste plus rémunérateur au CN. VIA affirme que l'indemnité de réinstallation devait seulement s'appliquer aux chefs de train qui allaient réellement travailler comme mécaniciens de locomotive et qui devaient déménager pour le faire. Le déménagement de M. Cairns « n'était pas nécessaire pour qu'il conserve son emploi » (traduction), mais il était nécessaire pour qu'il maintienne son niveau de revenu. Le montant de l'indemnité de réinstallation, 25 000 \$, n'est pas exagéré compte tenu des motifs dont M. Cairns a fait part, des efforts et du temps qui y ont été consacrés et des transactions en cause. L'approche adoptée dans la décision 230, c'est-à-dire l'utilisation de la somme prévue à la convention collective comme évaluation approximative du dédommagement, est appropriée pour le cas de M. Cairns. Les intimées insistent, avec raison, sur l'importance de tenir compte des revenus permettant d'atténuer la perte pour déterminer le montant d'un dédommagement. Il s'ensuit que les dépenses raisonnables faites pour atténuer la perte peuvent aussi être accordées si elles sont dûment réclamées dans le cadre du processus ordonné antérieurement par le Conseil. Peu importe laquelle des deux approches est utilisée, M. Cairns a droit à un dédommagement et, peu importe l'approche choisie, la somme de 25 000 \$ est appropriée.

[280] Dans son témoignage oral, M. Cairns a aussi expliqué les faits survenus alors qu'il était employé par VIA et qui lui donnaient droit à une garantie de maintien du salaire en raison de l'élimination antérieure d'un service de passagers où il travaillait. Il demande que cette garantie continue à s'appliquer. VIA affirme que le droit aux paiements de maintien du salaire n'est pas

transférable de VIA au CN, ce que conteste le groupe Cairns. La décision 230 ne présente aucune raison expresse de transférer cette garantie ou de continuer à l'imposer à VIA.

[281] Toutefois, le Conseil a statué que, pour comparer la rémunération, c'est le taux moyen de rémunération au complexe ferroviaire de l'employé qui doit être utilisé. Le Conseil est d'avis que le calcul du salaire moyen d'un complexe doit inclure les paiements de maintien du salaire. Il s'agit bien sûr d'une évaluation approximative de ce qu'un membre du groupe Cairns appartenant au groupe 1 aurait pu s'attendre à recevoir s'il était bel et bien retourné au travail. Il n'y a pas lieu de modifier cette approche en cherchant à tenir compte séparément des paiements individuels de maintien de salaire. Dans la mesure où M. Cairns a déjà droit à un dédommagement pour l'écart entre sa rémunération chez les deux employeurs, le montant est déjà inclus dans la réclamation globale, même si cela est quelque peu camouflé par le fait que M. Cairns a réussi à gagner davantage au CN qu'à VIA, mais en effectuant du travail qui lui plaisait moins. La réclamation de M. Cairns à l'égard des paiements de maintien de salaire est rejetée.

[282] M. Cairns ne possédait pas les compétences de mécanicien de locomotive sans formation supplémentaire. Le Conseil accepte l'argument de VIA selon lequel, pour les employés qui avaient réussi les tests et l'entrevue, mais qui devaient encore suivre avec succès une période de formation, il faut appliquer un facteur d'éventualité pour tenir compte de la possibilité que ces employés auraient pu abandonner la formation parce qu'ils la trouvaient désagréable ou qu'ils auraient pu ne pas obtenir l'accréditation nécessaire. Compte tenu du caractère rigoureux des tests et de l'entrevue, le Conseil fixe cette éventualité à 5 %, un facteur qui sera appliqué au taux de salaire moyen du complexe ferroviaire d'attache de l'employé. Pour M. Cairns, les revenus qu'il a gagnés en retournant au CN dépassent le taux de salaire moyen de son complexe ferroviaire d'attache, et on peut s'attendre à ce que cela continue à être le cas. Par conséquent, il n'a pas droit à des dommages-intérêts pour perte de salaire.

3 – Scot Matheson

[283] La situation de M. Matheson a été choisie comme cas type pour les raisons suivantes :

M. Scot Matheson était un employé à part entière de VIA. Il est encore employé par VIA. Nous réclamons une somme au titre de la perte de gains au nom de M. Matheson. Ce dernier a réussi le test d'aptitude à la mécanique de Bennett et l'entrevue.

Nous avons inclus deux pages d'explications au sujet de M. Matheson. Comme il est encore un employé de VIA, l'employeur intimé est bien au fait de sa situation. Néanmoins, nous avons joint une documentation volumineuse à l'appui des observations de M. Matheson.

Nous réclamons des paiements de maintien du salaire pour M. Matheson. Nous réclamons aussi des dommages-intérêts pour les paiements initiaux de maintien du salaire, que VIA a annulé de façon induc. Nous demandons aussi une indemnité de réinstallation pour M. Matheson. De plus, nous réclamons une somme correspondant à l'écart entre la pension que M. Matheson aurait reçue s'il avait eu l'occasion de travailler comme mécanicien de locomotive relevant du projet ENSV et la pension qu'il recevra probablement lorsqu'il prendra sa retraite à VIA.

(traduction)

[284] M. Matheson a commencé sa carrière à VIA à London, en Ontario, en janvier 1985, comme agent du service à la clientèle. Au cours de ses cinq premières années chez VIA, il a occupé divers postes à London, puis à Toronto. Il est parfaitement bilingue, ce qui lui permettait de postuler pour des trajets auxquels les employés unilingues n'avaient pas accès. Dans certains des postes qu'il a occupés, il devait former d'autres employés. Le 3 juillet 1990, il a accepté un poste de serre-frein au sein de l'unité de négociation de chefs de train encadrée par la convention collective du TUT. Il a conservé ce poste jusqu'à la mise en œuvre du projet ENSV. Son faible nombre d'années de service faisait qu'il était assez bas sur la liste d'ancienneté de Toronto. Lorsqu'il a été transféré à l'unité de négociation représentée par le TUT, il a perdu toute l'ancienneté qu'il avait accumulée jusqu'à ce moment-là. Sa date d'ancienneté à titre d'agent de train est donc le 3 juillet 1990, mais elle ne rend pas compte de toutes ses années de service à VIA.

[285] En tant qu'employé « à part entière de VIA », M. Matheson n'avait pas la possibilité d'aller travailler au CN. On ne lui a jamais offert de poste de gestionnaire des services à bord des trains après la mise en œuvre du projet ENSV. Parmi les options que VIA lui proposait, son premier choix était d'être formé comme mécanicien de locomotive. Selon lui, il s'agissait d'une suite logique à son

poste de chef de train. Ses autres options étaient une indemnité de mise à pied d'une année ou une indemnité de cessation d'emploi de 75 000 \$.

[286] M. Matheson a passé le test d'aptitude à la mécanique de Bennett et une entrevue. On lui a dit qu'il avait échoué à l'entrevue et il a donc été mis à pied. On lui a dit de s'adresser à son syndicat pour trouver un autre emploi à VIA. Il a réussi à convaincre la direction de le laisser travailler comme vendeur à la billetterie. Cela représentait une importante diminution de salaire (qui est passé d'entre 55 000 et 60 000 \$ par année à 35 000 \$ par année) et la perte de toute l'ancienneté accumulée au sein du TUT. Après avoir occupé ce poste pendant 18 mois, il s'est mis à la recherche d'autres postes. Il a trouvé un poste vacant de préposé aux locomotives dans le service d'entretien à Vancouver. Ce travail comprend le triage des locomotives dans la gare de triage. Une fois de plus, M. Matheson a perdu toute l'ancienneté qu'il avait accumulée.

[287] M. Matheson a accepté le poste à Vancouver parce qu'il voulait toujours être formé comme mécanicien de locomotive et parce que, à son avis, un poste de vendeur représentait un « recul considérable » (traduction) pour sa carrière. Il avait aussi des raisons personnelles sérieuses de vouloir travailler en Colombie-Britannique, dans la mesure du possible. Malheureusement, le poste à Vancouver était seulement temporaire. Pour continuer à travailler pour VIA, M. Matheson a cherché et accepté divers postes dans les domaines du travail de bureau, de la vente et du soutien. À un moment donné, il a même accepté et effectué du travail de nettoyage et d'entretien pour éviter d'être mis à pied et pour continuer à être employé. Il a dit que, en huit ans, il avait changé de poste jusqu'à 60 fois.

[288] Il avait présenté un grief à l'égard du résultat de la première entrevue. Après un certain temps, une décision arbitrale lui a donné une deuxième chance, mais il a de nouveau échoué à l'entrevue. Plus tard, M. Matheson a passé le test et l'entrevue exigés par la décision 230, avec succès. Il n'a reçu aucune formation, quoiqu'il conduise parfois des locomotives dans le cadre de certaines tâches qu'il effectue à Vancouver. Il a témoigné que VIA avait embauché au moins quatre nouveaux agents de train à Vancouver depuis qu'il y travaille.

[289] Pour l'application de la décision 230, le complexe ferroviaire d'attache de M. Matheson est celui de Toronto sud, et non celui de Vancouver.

[290] Le groupe Cairns demande au Conseil de porter une attention spéciale au cas de M. Matheson. Ce dernier a des raisons personnelles sérieuses de vouloir rester à Vancouver, raisons qui sont connues des parties et que le Conseil trouve lui aussi sérieuses. Le groupe Cairns demande que, contrairement à ses autres membres, M. Matheson reçoive maintenant une occasion de formation. Cela exigerait un léger réexamen de la décision 230 et des décisions qui ont suivi. Si le Conseil n'a pas accordé de redressement en nature dans la décision 230, c'était principalement en raison des perturbations à grande échelle qu'aurait entraînées le retour soudain à VIA de tous les employés appartenant au groupe I. Une grande part de ces perturbations aurait frappé le CN. Très peu de ces facteurs s'appliquent dans le cas de M. Matheson. En tant qu'employé à part entière de VIA, il n'a jamais eu le droit d'aller au CN – il n'y aurait donc aucune perturbation pour le personnel du CN. De plus, dans la décision 230, le Conseil prévoyait qu'un bien plus grand nombre de mécaniciens de locomotive allaient être touchés, mais ce nombre a été largement réduit par les résultats ultérieurs des tests. Au pire, un mécanicien de locomotive du CN ayant assez d'ancienneté pourrait devoir attendre un peu plus longtemps avant de postuler pour un poste à VIA. La FIL a fait l'observation suivante :

45. ... si le Conseil décidait qu'il a le pouvoir d'accorder ce redressement, la CFTC [qui a remplacé la FIL] serait prête à coopérer, si nécessaire, avec VIA afin de mettre en œuvre un tel redressement.

(traduction)

[291] VIA soutient que le fait d'accorder une occasion de formation à M. Matheson en Colombie-Britannique constituerait un traitement préférentiel, car l'ancienneté n'est pas transférable entre les districts d'ancienneté. Selon le Conseil, il existe des circonstances où il convient de déroger à de telles règles, avec le consentement du syndicat, pour répondre à des besoins spéciaux. Avec plus d'insistance, VIA affirme qu'une telle « occasion de formation devrait remplacer totalement le dédommagement ou l'indemnité pécuniaire » (traduction).

[292] Le Conseil est d'avis que, dans le cas de M. Matheson, il y a lieu de faire une exception à l'approche générale adoptée dans la présente affaire. Le Conseil ordonne à VIA d'accorder à

M. Matheson la prochaine occasion de formation qui surviendra en Colombie-Britannique à n'importe quel endroit qui permettra raisonnablement à M. Matheson de conserver sa résidence actuelle dans la province. Cette offre de formation doit être faite avant toute autre offre à un mécanicien de locomotive du CN, qu'il ait ou non davantage d'ancienneté à titre d'agent de train que M. Matheson. Si, pour quelque raison que ce soit, M. Matheson ne réussissait pas à obtenir le titre de mécanicien de locomotive après cette occasion de formation, il pourra retourner à son poste actuel et recouvrer l'ancienneté qu'il détient en vertu de sa convention collective actuelle.

[293] Le Conseil n'est pas convaincu que ce redressement devrait remplacer les dommages-intérêts pour la période où M. Matheson a travaillé pour VIA dans d'autres postes que celui de mécanicien de locomotive. Comme pour M. Cairns, le Conseil est d'avis qu'il est approprié d'appliquer un facteur d'éventualité pour tenir compte de la possibilité que M. Matheson n'aurait peut-être pas réussi à obtenir le titre de mécanicien de locomotive, de manière à réduire le taux de salaire moyen du complexe de Toronto ou de Vancouver, mais cette fois, par un pourcentage plus élevé, 12 %. Cela rend compte des difficultés que M. Matheson avait éprouvées lors des tests qu'il avait faits précédemment. Cependant, ce facteur reconnaît aussi que, depuis ce temps-là, M. Matheson a effectivement conduit des locomotives pour VIA.

[294] Comme les décisions antérieures sont réexaminées pour accorder ce redressement, mais uniquement pour le cas de M. Matheson, l'évaluation et la quantification de sa perte de salaire, y compris l'évaluation des éventualités autres que celle qui a déjà été établie, sont suspendues jusqu'à ce que le poste futur de M. Matheson soit connu. Entre temps, on doit lui payer sur-le-champ une somme au titre de la perte de salaire, calculée en fonction de la formule établie ci-dessus, pour la période allant de sa date d'admissibilité à un rappel pour suivre une formation – conformément à la décision 230 – jusqu'au 31 décembre 2008.

4 – Doug Dillon

[295] La situation de M. Dillon a été choisie comme cas type pour les raisons suivantes :

M. Dillon représente la catégorie d'employés qui ont quitté leur emploi, choisi de recevoir une pension ou reçu une pension de VIA. Une fois de plus, nous avons fourni un résumé qui explique les détails de la situation de M. Dillon, ainsi que la documentation susmentionnée.

Nous réclamons que M. Dillon reçoive un dédommagement supplémentaire fondé, notamment, sur le fait qu'il doit aujourd'hui travailler pendant au moins 60 heures par semaine pour gagner le salaire convenable qu'un mécanicien de locomotive de VIA gagne en travaillant 40 heures par semaine. Là encore, il gagne seulement une fraction de ce qu'il aurait gagné s'il avait eu l'occasion de travailler comme mécanicien de locomotive relevant du projet ENSV. Nous réclamons des dommages-intérêts supplémentaires au nom de M. Dillon pour la perte de possibilités d'emploi à titre de mécanicien de locomotive relevant du projet ENSV. Nous soutenons aussi que les sommes qu'il a reçues à titre d'indemnité de départ ne doivent aucunement être prises en compte.

(traduction)

[296] M. Dillon est un travailleur du rail de troisième génération. Il a commencé à travailler pour le CN en 1965. À partir de 1980, il a commencé à travailler sur des trains de passagers, d'abord comme serre-frein, puis comme signaleur, pour enfin devenir chef de train lorsque son ancienneté a rendu cela possible. En 1987, il a été transféré à VIA lorsque cette dernière a assumé la responsabilité du transport de passagers. De 1987 à 1998, il a travaillé comme chef de train à VIA, à partir de Winnipeg. Il travaillait sur les lignes allant à Watrous, à Dauphin et à Sioux Lookout.

[297] M. Dillon a décrit le formulaire d'exercice d'un choix que VIA lui avait transmis après la mise en œuvre du projet ENSV, et il a expliqué comment il avait évalué chaque option, à la lumière de sa situation personnelle. Il pouvait rester à VIA et essayer d'obtenir le titre de mécanicien de locomotive. Il pouvait aussi retourner au CN, prendre sa retraite ou recevoir une indemnité de cessation d'emploi. À ce moment-là, il estimait que le retour au CN n'était pas un choix viable, car il croyait comprendre que le CN n'ait catégoriquement l'existence d'un tel droit de retour. S'il choisissait d'être formé comme mécanicien de locomotive, il serait inscrit au bas d'une longue liste d'ancienneté, ce qui rendait ce choix peu réaliste.

[298] Si M. Dillon avait pris une retraite anticipée, sa pension aurait été amputée de 2 500 \$ à 3 000 \$ pour le reste de ses jours. À ce moment-là, il jugeait que, si son emploi n'était pas interrompu, il pouvait s'attendre à recevoir une pension bien plus élevée.

[299] M. Dillon dit que, lorsqu'il a rempli son formulaire d'exercice d'un choix, il ne savait pas que VIA allait offrir une protection salariale en attendant le règlement de son litige avec le CN quant à

l'existence du droit de retour. Plus tard, lorsqu'il a reçu une lettre l'informant de cette protection, il a conclu que la protection salariale allait seulement s'appliquer durant le litige, et non pour le reste de sa carrière. Il a toutefois reconnu que le formulaire d'exercice d'un choix était postérieur à la négociation de l'ECÉ et que la lettre de protection avait été négociée le même jour que la date de commencement de la période de choix. M. Dillon comprenait aussi les trois conditions d'admissibilité à la protection salariale : être un employé admissible détenant un droit de retour au CN, choisir de retourner au CN et être réembauché par le CN. Il jugeait cependant que ce choix était trop risqué, car le CN était opposé au retour des employés de VIA et pouvait encore avoir gain de cause dans ce litige. M. Dillon a aussi été influencé par l'animosité qui existait entre les employés membres de la FIL et les anciens chefs de train ainsi que par son impression que les anciens représentants du TUT avaient simplement « jeté l'éponge » (traduction).

[300] M. Dillon affirme qu'il a alors consulté un conseiller financier. Ce dernier lui a dit que l'économie du pays allait bien et qu'il obtiendrait de meilleurs résultats en investissant son argent dans le secteur privé. Ces conseils ont mené M. Dillon à choisir l'indemnité de départ. Il a aussi choisi de recevoir la valeur escomptée de sa pension et de la confier à son conseiller financier pour qu'il l'investisse. Les marchés ont ensuite chuté, et M. Dillon n'a pas réalisé les gains prévus. Aujourd'hui, sa pension mensuelle est de seulement 2 500 \$.

[301] M. Dillon a expliqué comment il avait utilisé les sommes découlant de sa cessation d'emploi. Il a divisé la somme représentant la valeur escomptée de sa pension, 645 692 \$, pour transférer 462 900 \$ dans un compte de RÉER et recevoir 182 000 \$ en espèces. Il a aussi reçu une indemnité de départ de 96 000 \$, c'est-à-dire 50 000 \$ plus deux semaines de salaire pour la première année de service et une semaine de salaire par année de service supplémentaire.

[302] Lorsqu'il a pris cette décision, sa pension devait s'élever à quelque 3 900 \$ par mois, plus une majoration mensuelle de 350 \$ et une somme 200 \$ par mois provenant de l'indemnité de départ. À partir de son 65^e anniversaire, il recevrait seulement 3 900 \$ par mois.

[303] Au cours des dix années depuis son départ de VIA, M. Dillon a travaillé pour une ligne ferroviaire sur courtes distances, le Central Manitoba Railway. Il a commencé à y travailler comme

superviseur des opérations. Au départ, il s'agissait d'un poste à temps partiel qui rapportait 30 000 \$ par année et donnait accès à une camionnette. M. Dillon a expliqué que la ligne ferroviaire a connu une croissance rapide et qu'il est devenu gestionnaire des opérations, ce qui lui a donné droit à une augmentation salariale de 10 000 \$ par année. L'entreprise a construit un atelier de réparations à Transcona. M. Dillon a ensuite été promu au poste de directeur général, un poste qui est devenu de plus en plus exigeant – il devait répondre à des appels téléphoniques pendant la nuit et à d'autres demandes similaires –, ce qui a fini par lui causer des problèmes de santé. Son médecin lui a conseillé d'abandonner ce poste. M. Dillon a dit qu'il travaillait de 60 à 70 heures par semaine pour gagner la moitié du salaire qu'il gagnait à VIA. Il avait seulement droit à quatre semaines de congé annuel, mais il pouvait seulement en prendre deux. On lui a alors demandé de signer un contrat de travail différent. Il travaille maintenant à contrat pour le Prairie Dog Central Railway. Selon M. Dillon, il s'agit plutôt d'une organisation bénévole. Il gagne seulement 2 000 \$ par mois. Il doit continuer à gagner de l'argent à cause de sa pension réduite. M. Dillon a témoigné que, en plus de ses autres pertes, sa décision de quitter VIA l'a privé de la carte de chemin de fer qu'il allait détenir à vie.

[304] M. Dillon a reconnu qu'il savait que la convention collective prévoyait certains crédits de transition en cas de retraite anticipée et que ce concept ne lui était pas inconnu. Lorsqu'il a fait son choix, il avait 52 ans et allait être admissible à la retraite anticipée trois ans plus tard. Dans l'interim, il pouvait toucher 65 % de son taux de rémunération de base. De plus, il savait qu'il pouvait recevoir une indemnité de départ calculée en fonction de ses 31 années de service, c'est-à-dire à un paiement forfaitaire équivalant à 37 semaines de salaire.

[305] M. Dillon a admis que, en vertu de la formule 50/30 prévue par l'ECÉ, il pouvait choisir les prestations de retraite bonifiées, à savoir 3 600 \$ par année plus une somme forfaitaire variant selon l'âge. Il aurait reçu ces deux suppléments jusqu'à l'âge de 65 ans.

[306] La situation de M. Dillon est marquée par une série d'événements et de choix qu'il a faits. Lorsque VIA lui a présenté ses options dans le cadre du projet ENSV, il a fait deux choix. Premièrement, il a décidé de recevoir une indemnité de départ et donc, de ne pas attendre de savoir s'il avait le droit de retourner au CN. Deuxièmement, au lieu de laisser le capital de sa pension dans

le régime de retraite de VIA et de recevoir des prestations de retraite anticipée, ce qu'il était libre de faire, il a choisi de recevoir la valeur escomptée de cette pension. Cette décision, qui était fondée sur les conseils financiers d'un professionnel, a finalement eu un résultat désastreux. M. Dillon a échangé une source de revenu certaine et prévisible pour des placements qui, par leur nature même, étaient vulnérables aux vicissitudes du marché.

[307] Selon le groupe Cairns, le fait que M. Dillon ait travaillé dans le secteur ferroviaire pendant plus d'une décennie après avoir quitté VIA démontre que, s'il en avait eu l'occasion, il aurait continué à travailler pour VIA comme mécanicien de locomotive. Le Conseil estime cette conclusion douteuse. Si M. Dillon a continué à travailler dans le secteur ferroviaire, c'est pour deux raisons : ses revers financiers et son intérêt durable pour le domaine, intérêt qui explique, plus récemment, le travail essentiellement bénévole qu'il fait pour la ligne sur courtes distances Prairie Dog.

[308] Lorsque le projet ENSV a été annoncé, M. Dillon songeait manifestement à la retraite. Il n'avait peut-être pas l'intention de la prendre immédiatement, mais c'était son objectif à court terme. En 1996, M. Dillon s'était informé au sujet d'une possibilité de transition à la retraite. Le groupe Cairns a cherché à qualifier cela de « simple demande de renseignements », mais la correspondance entre le TUT et VIA à ce moment-là donne à penser que M. Dillon avait bel et bien présenté une demande et insisté pour qu'elle soit acceptée. Compte tenu de ces éléments de preuve, le Conseil conclut que, si les conditions financières avaient été favorables, M. Dillon aurait quand même choisi l'indemnité de départ plutôt que la formation de mécanicien de locomotive. Le Conseil est d'avis qu'il n'aurait pas fallu une indemnité de départ beaucoup plus élevée pour convaincre M. Dillon de prendre une retraite anticipée. Cette inclination à prendre sa retraite a influencé sa décision de ne pas retourner au CN. M. Dillon affirme qu'il ne savait pas que VIA s'était engagée à maintenir sa rémunération jusqu'au règlement du litige sur l'existence des droits de retour. Cependant, la preuve permet de conclure qu'il était au courant de cette garantie ou, à tout le moins, qu'il aurait pu l'être en faisant preuve de diligence raisonnable. Il est vrai que M. Dillon a tenu compte du résultat incertain du litige avec le CN pour prendre sa décision, mais ce facteur ainsi que d'autres qui auraient pu le convaincre de rester au travail ont pesé moins lourd dans la balance que les perspectives financières supérieures que représentait à ses yeux l'indemnité de départ.

[309] Lorsqu'il a quitté VIA, M. Dillon avait 53 ans. Il travaillait depuis 32 ans, principalement pour VIA. Il n'aurait pas eu à attendre longtemps avant de pouvoir prendre sa retraite à la date normale ou, à tout le moins, de profiter d'offres de transition qui auraient facilité une retraite anticipée.

[310] Dans le cas de M. Dillon, l'approche énoncée ci-dessus quant aux dommages-intérêts envisage qu'il aurait pris sa retraite assez rapidement. De plus, M. Dillon a quitté son emploi volontairement, et ce, malgré le fait a) que VIA était prête à lui accorder une protection salariale en attendant le règlement du litige sur l'existence du droit de rappel et b) qu'un retour au CN aurait protégé presque totalement sa rémunération en attendant qu'il prenne sa retraite.

[311] En l'espèce, la plainte du groupe Cairns au sujet des lacunes du processus de négociation et de renégociation de l'ECÉ portait principalement sur le manque d'occasions de formation et sur le refus d'intégrer les listes d'ancienneté, mais le groupe Cairns affirme aussi que les dispositions relatives aux options de transition et de cessation d'emploi étaient insatisfaisantes. Dans le cas de M. Dillon, même si on lui avait offert de recevoir de la formation et de conserver son ancienneté sur une liste intégrée, il aurait fort probablement accepté une indemnité de transition ou des prestations de retraite bonifiées si on le lui avait offert. M. Dillon a accepté une indemnité de départ qu'il jugeait insatisfaisante parce qu'il croyait avoir de faibles chances de retourner au CN ou de devenir mécanicien de locomotive à VIA.

[312] Le Conseil estime qu'il y a lieu d'accorder à M. Dillon des dommages-intérêts correspondant à la somme qu'il aurait probablement acceptée comme indemnité de retraite même si le choix d'être formé de nouveau avait été réaliste. Cela tient compte du fait que, même s'il avait été formé, il aurait dû attendre que sa formation prenne fin et qu'un poste de mécanicien devienne vacant. Cette approche reconnaît aussi que, si VIA et la FIL avaient renégocié l'ECÉ conformément à la décision 35, elles auraient probablement inclus des dispositions supplémentaires pour les personnes dans la même situation que M. Dillon, ne serait-ce que pour tenir compte du coût important pour VIA de cette formation et de la courte période où cette dernière aurait pu en profiter dans un cas comme celui de M. Dillon.

[313] Par conséquent, le Conseil fixe les dommages-intérêts accordés à M. Dillon à 20 000 \$.

5 – Terry Wood

[314] La situation de M. Wood a été choisie comme cas type pour les raisons suivantes :

M. Woods est l'un des employés ayant des problèmes médicaux. Il a éprouvé ces problèmes après avoir passé le test d'aptitude à la mécanique de Bennett et l'entrevue. Nous avons fourni une page et demie de détails supplémentaires au sujet de la situation de M. Woods. Comme il aurait dû avoir l'occasion de travailler comme mécanicien de locomotive, nous réclamons le dédommagement de toutes les pertes connexes jusqu'à la date où M. Woods aurait normalement pris sa retraite de VIA comme mécanicien de locomotive. Nous réclamons des dommages-intérêts supplémentaires au nom de M. Woods, car VIA a refusé de prendre des mesures d'adaptation à son égard.

(traduction)

[315] La situation de M. Wood est compliquée par l'existence de nombreux facteurs juridiques qui sont devenus entremêlés juste au moment où le projet ENSV a été mis en œuvre. Premièrement, M. Wood s'est blessé au travail alors qu'il était employé par VIA. Deuxièmement, il a choisi de suivre la formation de mécanicien de locomotive, mais sa demande a été rejetée. Troisièmement, bien qu'il soit allé au CN et qu'il y ait travaillé pendant un certain temps, il s'est rapidement blessé de nouveau. Quatrièmement, tout au long de la période pertinente, il était protégé par la législation sur l'indemnisation des accidents du travail. Dans cette procédure, VIA était considérée comme l'employeur responsable du milieu de travail, avec un devoir de réintégration, pour la première blessure. La deuxième blessure, qui est survenue lorsque M. Wood travaillait au CN, a été considérée comme une nouvelle blessure liée à celle qu'il avait subie à VIA. M. Wood a reçu des prestations d'assurance de remplacement du revenu pendant un certain temps. Il a aussi reçu une pension de 19 % pour incapacité permanente partielle. Compte tenu de la complexité de cette situation, il n'est pas du tout surprenant que M. Wood ait reçu des conseils contradictoires ou qu'il ait eu l'impression d'être abandonné à son sort.

[316] La présente décision vise à déterminer les dommages-intérêts découlant des violations du *Code*, et ce, conformément aux décisions antérieures. Le Conseil n'a pas pleine compétence pour trancher toutes les questions soulevées par le cas de M. Wood. Le sous-paragraphe 41x) de la décision 230 est ainsi rédigé :

[141] ...

x) ... Les chefs de train qui n'ont pas réussi à obtenir le titre de mécanicien de locomotive ou qui ne pouvaient pas poser leur candidature à cause d'un problème médical ont droit aussi au dédommagement, mais il n'est pas nécessaire de leur attribuer un poste vacant.

[317] La décision 230 comporte seulement deux brèves mentions relatives aux redressements pour les employés ayant des problèmes médicaux :

[84] Les employés ayant des problèmes médicaux qui ne pouvaient pas être admis au programme en raison de la modification des tâches devraient se voir attribuer un poste correspondant à leurs capacités dans leur complexe ferroviaire d'attache.

...

[103] Le Conseil s'est également penché sur la situation des trois chefs de train qui pourraient ne pas être capables de participer au programme de formation à cause de problèmes médicaux. Bien qu'il ait pu être possible de leur attribuer des tâches allégées à bord des trains pour répondre à leurs besoins, on pourrait ne pas être en mesure d'en faire autant s'ils devenaient mécaniciens de locomotive. Cependant, comme ils faisaient partie de l'effectif régulier de VIA le 1^{er} juillet 1998, on aurait dû prendre les moyens nécessaires pour composer avec leurs besoins au lieu de simplement les abandonner à leur sort au CN. Ils devraient dès lors être indemnisés en conséquence.

[318] La décision 230 semble reconnaître qu'il est peut-être impossible que des mesures d'adaptation permettent à ces employés de travailler comme mécaniciens de locomotive. Dans cette décision, le Conseil a dit qu'ils auraient dû être intégrés au sein du personnel régulier de VIA. Après la mise en oeuvre du projet ENSV, l'unité de négociation de la FIL comportait réellement un seul poste, celui de mécanicien de locomotive. Cela donne à penser que toute mesure d'adaptation, si même il y en avait, aurait très bien pu consister à confier à l'employé d'autre travail, dans un poste non syndiqué ou dans une autre unité de négociation, par exemple, dans celle des TCA.

[319] L'obligation de prendre des mesures d'adaptation découle de la responsabilité des employeurs de ne pas faire preuve de discrimination fondée sur une incapacité physique. La prise de mesures d'adaptation permet d'éviter cette discrimination, mais cette obligation prend fin lorsqu'elle cause une contrainte excessive. Toutefois, la législation sur l'indemnisation des accidents du travail qui est applicable exige que l'employeur réintègre le travailleur après sa blessure et qu'il prenne les mesures d'adaptation nécessaires, le cas échéant. Les mesures d'adaptation n'ont pas à produire un résultat parfait, elles peuvent exiger des compromis de l'employeur, de l'employé et du syndicat

touchés et il n'y a aucune garantie que l'employé conservera son ancien salaire s'il peut seulement occuper un poste moins bien rémunéré.

[320] Pour régler la question du dédommagement de M. Wood pour la présente plainte, par opposition à ce que prévoit la législation sur l'indemnisation des accidents de travail, il est nécessaire d'expliquer davantage sa situation.

[321] L'oncle de M. Wood travaillait pour le CN à la gare Union Station de Toronto. En 1987, M. Wood a lui aussi obtenu un poste au CN, parmi le personnel itinérant de l'unité de négociation du TUT, comme serre-frein et agent de triage. En novembre 1988, M. Wood et son oncle ont choisi d'aller travailler pour VIA. M. Wood s'est porté candidat pour un poste sur la liste de réserve. Plus tard, quand VIA a aboli son poste, il est retourné au CN pour un certain temps, où il a aussi occupé un poste sur la liste de réserve. Par la suite, le CN a annoncé une possibilité de formation pour le poste de mécanicien de locomotive. M. Wood a postulé et il a remporté le concours. Au même moment, VIA l'a appelé pour lui demander s'il était prêt à accepter un rappel au travail. M. Wood n'avait pas tout à fait atteint le rang de chef de train au CN à ce moment-là. VIA l'a informé qu'elle allait commencer à former ses propres mécaniciens de locomotive et qu'il pouvait donc accepter un rappel au travail sans le moindre risque. M. Wood a donc accepté le rappel de VIA pour y travailler comme chef de train, tout en espérant être formé comme mécanicien de locomotive un jour.

[322] Le 31 juillet 1997, M. Wood s'est blessé en travaillant comme bagagiste pour VIA. Il a subi une hernie discale et un bombement discal. Il a été mis en arrêt de travail, avec indemnisation, pour un an moins un jour. Il est redevenu apte au travail en juillet 1998, mais le projet ENSV était déjà en cours à ce moment-là. M. Wood a seulement coché deux options sur le formulaire d'exercice d'un choix de VIA : son premier choix était d'être formé comme mécanicien de locomotive et son deuxième, de retourner au CN. On lui a dit qu'il allait devoir subir un examen physique. En juillet 1998, alors qu'il était prêt à retourner au travail, VIA a dit qu'elle n'avait aucun travail pour lui.

[323] VIA avait choisi de former certains chefs de train et dit aux autres anciens chefs de train de rester à la maison, avec plein salaire, en attendant la décision de l'arbitre Picher au sujet de

l'obligation du CN d'accepter leur retour en application de l'entente de 1987. En septembre 1998, VIA a dit à M. Wood qu'il n'avait pas été choisi pour le processus de formation. Il a compris que ses gestionnaires s'étaient réunis pour discuter de son cas et que sa candidature avait été rejetée en raison de problèmes médicaux et d'attitude. Il n'a jamais vu le document intitulé « évaluation des habitudes de travail » (traduction), mais ce document a joué un rôle important dans la décision de VIA de lui refuser une occasion de formation. M. Wood a présenté un grief au sujet du rejet de sa candidature.

[324] Quoique cela interrompe la chronologie des événements, le Conseil note que le grief de M. Wood a été renvoyé à l'arbitrage, mais sans qu'il le sache. La FIL lui a envoyé une lettre pour l'informer que son grief avait été rejeté et qu'il allait devoir travailler pour le CN. M. Wood a appelé le représentant de la FIL à Toronto pour lui demander ce qui s'était passé. Il s'est fait dire que la FIL n'avait pas communiqué avec lui parce qu'elle n'avait pas ses coordonnées. Le délai d'appel était désormais échu, et M. Wood était inscrit sur la liste d'employés qui retourneraient au CN.

[325] En avril 1998, pendant que M. Wood se remettait de sa blessure, la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (la CSPAAT) a communiqué avec VIA pour savoir quel travail adapté pouvait être offert à M. Wood, compte tenu de ses problèmes médicaux. VIA a d'abord répondu que, en tant qu'employeur « responsable » de l'accident, le poste de chef de train adjoint n'existait plus et qu'il n'y avait donc peut-être aucun poste auquel réintégrer M. Wood.

[326] En attendant que l'arbitre Picher rende sa décision au sujet des droits de retour, M. Wood a continué à défendre auprès de la CSPAAT son droit, en tant que travailleur blessé, de retrouver son ancien poste ou un autre poste rendu convenable par des mesures d'adaptation. M. Wood et son syndicat de l'époque, la FIL, affirmaient aussi qu'il avait un droit semblable en vertu de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*.

[327] Un rapport de suivi rédigé par un médecin de la CSPAAT, daté du 28 août 1998, indique que M. Wood a été examiné par un médecin ce jour-là. Selon le rapport « le patient a essentiellement retrouvé sa capacité fonctionnelle » (traduction). Le rapport prévoyait aussi que M. Wood allait

pouvoir se rétablir pleinement et qu'il était « maintenant prêt à subir une évaluation de l'aptitude au travail » (traduction). Sous la rubrique « restrictions médicales qui doivent être respectées si le patient retourne au travail maintenant » (traduction), le médecin a écrit « interdiction de soulever à répétition des charges supérieures à 15 kg » (traduction). L'auteur du rapport a suggéré qu'une évaluation fonctionnelle du milieu de travail soit effectuée.

[328] Le 31 août 1998, M. Wood a passé un examen médical avec succès dans les locaux de Medisys à la demande de VIA. Le rapport d'examen certifie que « l'état de santé est compatible avec les exigences du poste » (traduction) et ne mentionne aucune restriction médicale. Le dossier de la CSPAAT donne à penser que cet organisme a continué à exiger que VIA permette à M. Wood de recommencer à travailler activement. Le rapport de l'agent chargé du traitement du dossier témoigne des positions adoptées de part et d'autre (TB = travailleur blessé, M. Wood; ERA = employeur responsable de l'accident, VIA) :

J'ai appelé Serge Rivest, de l'ERA, pour confirmer que, selon le formulaire 26 daté du 23 novembre 1998, le TB était prêt à retourner à son poste normal. Le TB avait déjà transmis ce formulaire par télécopieur à Serge. Le TB reconnaît qu'il est capable de reprendre ses tâches d'avant l'accident. Les restrictions médicales inscrites sur le formulaire 26 sont simplement des précautions visant à éviter une réapparition de la blessure en raison du soulèvement répétitif de charges « lourdes ». Par conséquent, le TB est apte à reprendre ses tâches d'avant l'accident.

Serge a dit que le TB sera donc réintégré à la liste de paye de l'ERA en date du 24 novembre 1998. Le TB ne travaillera pas à VIA – il attendra simplement la décision de l'arbitre à l'égard du conflit de travail. Le TB est l'un des employés visés par ce processus arbitral.

Serge a confirmé que le TB l'avait appelé pour s'excuser des commentaires déplacés et grossiers qu'il avait faits lors de la téléconférence que nous avons tenue il y a environ deux semaines.

(traduction)

[329] M. Wood a communiqué avec des représentants de la FIL, qui lui ont dit qu'il allait être inscrit sur la liste de retour au CN et qu'il devait attendre. Il a ensuite parlé à la CSPAAT, qui lui a dit que VIA devait lui redonner son emploi. M. Wood a répondu qu'il allait « écrire à VIA, mais ils vont retarder les choses en attendant trois mois avant de répondre » (traduction). VIA a aussi dit à M. Wood qu'il devait rester chez lui, avec solde, en attendant que l'arbitre Picher rende sa décision.

[330] Après un certain temps, M. Rivest, l'agent principal des réclamations à VIA, a écrit à M. Wheten – qui aidait alors M. Wood et un autre employé à VIA, et à la CSPAAT, pour exposer sa position. Le passage suivant est tiré de cette lettre :

Comme vous le savez, le 1^{er} juillet 1998, VIA a fusionné les postes de chef de train et de mécanicien de locomotive pour toutes les lignes de transport de passagers. VIA a aussi réduit son équipage d'opération à deux (2) employés, qui travaillent tous deux dans la cabine de conduite de la locomotive. VIA exige que ces deux employés possèdent les compétences de mécanicien de locomotive. Compte tenu de cela et du fait que les deux (2) mécaniciens de locomotive exercent également les tâches opérationnelles qui relevaient auparavant des chefs de train, y compris la manutention des bagages enregistrés. Les restrictions qui s'appliquent en ce moment à M. « A » et à M. Wood pour le poste de chef de train limiteraient aussi leur capacité d'effectuer les tâches et les responsabilités du poste actuel de mécanicien de locomotive. De plus, M. « A » et M. Wood n'ont pas été choisis pour suivre la formation de mécanicien de locomotive en raison de leurs antécédents de travail à VIA.

En conclusion, ni l'un ni l'autre de ces anciens chefs de train n'est apte à recevoir la formation de mécanicien de locomotive, et ce, malgré le fait que les restrictions médicales qui les empêchent d'occuper le poste de chef de train s'appliqueraient aussi au poste de mécanicien de locomotive.

(traduction)

[331] Le droit prévu par la loi qu'avait M. Wood de retourner travailler à VIA allait expirer en juillet 2009. M. Wheten, le président représentant la FIL du comité provincial sur la législation pour l'Ontario, a écrit une lettre à la CSPAAT, dont il a transmis une copie à VIA, pour expliquer le cas de M. Wood. Il a soulevé les points suivants :

1. La formation et le travail de mécanicien de locomotive présentent les mêmes exigences physiques.
2. Le travail sur les trains de marchandises (probablement une référence à la proposition de renvoyer M. Wood au CN) est bien plus exigeant que le travail sur les trains de passagers.
3. L'exigence que les mécaniciens de locomotive aident à traiter les bagages ne constitue pas une restriction prohibitive parce que :
 - a) la plupart des trains de VIA ne transportent pas de bagages, surtout dans le secteur de M. Wood;
 - b) la manutention des bagages n'exige pas nécessairement de soulever à répétition des sacs lourds, car des chariots et des sacs roulants facilitent cette tâche.

[332] Cette lettre laisse aussi entendre – et M. Wood l’a confirmé – qu’en décembre 1998, VIA avait informé M. Wood qu’il allait commencer le cours de formation de mécanicien de locomotive en janvier 1999, après le temps des Fêtes. Puis, en janvier, M. Rivest a informé M. Wood, sans donner d’explication, que VIA avait « changé d’idée ». M. Wheten a aussi expliqué que :

... en raison d’autres cas semblables, notre syndicat conteste en arbitrage la décision de VIA d’exclure M. Wood et d’autres personnes du programme de formation de mécanicien de locomotive. Nous estimons que la sélection des candidats n’a pas été faite au moyen de critères uniformes et que des incompatibilités de caractères ont joué un rôle.

(traduction)

[333] L’issue de cette contestation a été expliquée ci-dessus.

[334] Plus loin dans la lettre, M. Wheten s’est plaint des tactiques dilatoires employées par VIA et du refus de celle-ci de rencontrer la CSPAAT, le syndicat et M. Wood. Il a conclu sa lettre de la façon suivante :

Nous croyons que la communication par lettres, qui a été employée jusqu’à maintenant, est inefficace et prend beaucoup de temps. Nous craignons que le processus soit retardé au-delà de la période de deux ans suivant l’accident et que VIA soit ainsi soustraite à son obligation de réemployer, prévue au paragraphe 41(7) de la Loi.

Pour toutes les raisons susmentionnées, nous demandons que VIA réemploie M. Terry Wood et qu’elle l’inscrive au programme de formation de mécanicien de locomotive. À tout le moins, M. Wood devrait pouvoir participer à l’évaluation du poste par la CSPAAT, afin que l’on sache s’il est admissible.

(traduction)

[335] Une séance de médiation devait avoir lieu le 21 juillet 1999, à Toronto, en Ontario, et M. Wheten entendait y présenter des observations supplémentaires au nom de M. Wood. Une rencontre ultérieure avait été prévue, mais elle n’a jamais eu lieu, et ce processus n’a rien réglé. Cependant, le Conseil prend note du fait que M. Wood a été très bien représenté dans ce processus et que tous les arguments qui auraient pu être soulevés en sa faveur ont été présentés clairement. Malheureusement, les réponses de VIA ne comportent aucune justification claire qui expliquerait pourquoi, si des mesures d’adaptation ne permettaient pas de lui donner un poste de mécanicien de locomotive, aucun autre poste ne lui a été accordé, même à titre d’essai. VIA semble avoir tout

simplement présumé – malgré la position de la CSPAAT – que c’est le CN qui était devenu responsable des mesures d’adaptation une fois réglée la question des droits de retour.

[336] En décembre 2000, après que l’arbitre Picher a rendu sa décision sur les droits de retour, M. Wood a reçu un appel de VIA. On lui a dit qu’il avait 72 heures pour se rapporter au CN, sans quoi il perdrait son emploi. À ce moment-là, il pensait encore qu’il avait le droit de retourner travailler à VIA, conformément à l’obligation de prendre des mesures d’adaptation qui incombait à cette dernière. On lui a dit que, s’il refusait de retourner au CN, il perdrait toute son ancienneté. M. Wood a soutenu que la loi obligeait VIA à le réemployer. Le CN lui a dit qu’il n’était au courant de rien. M. Wood s’est donc présenté pour travailler au CN.

[337] À ce stade-ci, il faut souligner que la situation de M. Wood diffère de celle des autres membres du groupe Cairns à un seul égard : il avait le droit, en tant que travailleur blessé, de retourner travailler à VIA et de bénéficier de mesures d’adaptation.

[338] Comme les autres membres du groupe Cairns, il voulait être formé comme mécanicien de locomotive, mais VIA refusait de lui donner cette occasion et il risquait de se retrouver au bas de la liste d’ancienneté. Comme d’autres se trouvant dans une situation semblable, M. Wood s’est présenté au CN pour se prévaloir de son droit de retour. À ce moment-là, M. Wood avait 34 ans et sa date d’ancienneté comme agent de train était le 2 juin 1987.

[339] Pour retourner travailler au CN, M. Wood s’est présenté à Windsor, son ancien complexe ferroviaire d’attache, même s’il vivait alors à London. Selon une évaluation faite à ce moment-là, il avait des restrictions médicales. On lui a donné un poste dans la gare de triage, où il utilisait une loco-commande. Il a seulement travaillé à Windsor pendant cinq semaines, avant d’être envoyé à Toronto pour répondre à une pénurie de personnel.

[340] Le 27 juillet 2001, alors qu’il travaillait comme trieur de voitures, M. Wood s’est blessé de nouveau. La CSPAAT a qualifié cela de nouvelle blessure liée à la blessure qu’il avait subie antérieurement à VIA. Cette dernière a contesté cette décision, en vain. M. Wood a continué à être en arrêt de travail au CN. Il a subi une évaluation des capacités fonctionnelles le 3 juillet 2002. Le

CN avait fourni trois descriptions de postes à la clinique : à savoir les postes de serre-frein et agent de triage, de chef de train et contremaître et de mécanicien de locomotive. Il a été conclu que l'état physique de M. Wood lui permettait seulement de faire le travail de mécanicien de locomotive. Le CN a refusé de lui accorder ce poste à titre de mesure d'adaptation. Depuis juin 2003, M. Wood est mis à pied du complexe ferroviaire du CN à Windsor, en Ontario. La CSPAAT l'a inscrit au programme de réintégration au marché du travail. M. Wood a aussi suivi des cours de perfectionnement.

[341] Le 27 avril 2006, la CSPAAT a envoyé une lettre à M. Wood pour détailler les prestations qu'il recevrait en vertu de la législation sur l'indemnisation des accidents du travail :

Je vous écris afin de vous fournir un résumé de vos prestations versées par la Commission de la sécurité professionnelle et de l'assurance contre les accidents du travail (la CSPAAT) ainsi que de vos droits et de vos restrictions médicales.

Votre réclamation a pris naissance le 31 juillet 1997, lorsque vous vous êtes blessé au bas du dos quand vous travailliez pour VIA.

À cause de cet accident, vous avez subi une déficience permanente au bas du dos, pour laquelle vous avez reçu une indemnisation pour perte non pécuniaire de 19 %.

Vos restrictions médicales permanentes sont les suivantes :

- Vous devez éviter toute tâche qui exige de soulever des charges lourdes par flexion lombaire, par exemple en tendant les bras pour aller au fond d'une boîte, par-dessus une table ou à l'arrière d'une tablette profonde. Vous devez aussi éviter de courber ou de tordre le dos et de faire toute tâche exigeant un effort répétitif ou soutenu au-delà de la hauteur des épaules. Vous devez aussi prendre souvent des pauses lorsque vous adoptez une position statique, par exemple, lorsque vous devez rester assis, debout ou marcher. Vous ne pouvez pas faire de travail au ras du sol, pousser ou tirer de lourdes charges ou y offrir une résistance, ni faire de torsion. Vous ne pouvez pas faire de mouvements répétitifs du tronc dans la région lombaire.

Comme vos restrictions médicales sont considérables, elles ont limité votre capacité de retourner au poste que vous aviez avant votre accident, et même d'effectuer d'autres tâches.

Vous avez reçu une indemnité pour perte économique future et vous aurez droit à des prestations pour perte économique future garanties jusqu'au 1^{er} juin 2031, c'est-à-dire la date de votre 65^e anniversaire.

Lorsqu'un travailleur a droit à une indemnité pour perte économique future, il a aussi droit à des prestations pour perte de revenus de retraite à compter de l'âge de 65 ans. La loi prévoit que la CSPAAT doit mettre de côté des sommes supplémentaires équivalant à 10 % de chaque paiement pour perte économique future versé à un travailleur. Dans votre cas, vous aurez droit à une pension de retraite pour travailleur dès votre 65^e anniversaire.

(traduction)

[342] En juin 2006, M. Wood a dû arrêter de travailler parce qu'il s'était encore blessé à la colonne vertébrale. Un test d'imagerie par résonance magnétique a révélé que sa blessure était grave, pire qu'auparavant, et que son état allait continuer à se détériorer. M. Wood a essayé de trouver du travail par l'intermédiaire d'une agence de placement temporaire. Il a aussi dû abandonner ses démarches visant à être un travailleur indépendant en exploitant une entreprise de camionnage.

[343] M. Wood est encore enthousiaste à l'idée d'être formé comme mécanicien de locomotive par VIA. Il dit que c'était son premier choix et qu'il saisirait une telle occasion « en un clin d'œil ». Il dit être maintenant « complètement rétabli et en pleine santé » (traduction). Il n'a aucun doute au sujet de sa capacité d'être formé et de travailler comme conducteur de train. Il dit que de nombreuses personnes ayant moins d'ancienneté que lui sont devenues mécaniciens de locomotive.

[344] Bien que VIA soutienne que M. Wood n'a pas et n'avait pas la capacité physique de conduire un train, M. Wood affirme que son travail au CN avec la loco-commande était bien plus exigeant physiquement, car il devait manipuler la loco-commande, qui est accrochée sur la poitrine, et effectuer plus de 100 changements de voiture par jour.

[345] VIA affirme que tout dédommagement pour les employés ayant des problèmes médicaux découle réellement de son obligation de prendre des mesures d'adaptation à l'égard de ses employés qui ont une incapacité. Cette obligation n'exige pas de maintenir le salaire de ces employés au niveau antérieur, mais plutôt de trouver d'autres tâches convenables pour eux jusqu'à la limite de la contrainte excessive, et de leur verser le salaire correspondant à ces nouvelles tâches. Selon VIA, cela n'est pas seulement son obligation légale, mais aussi ce qui est prévu à sa politique sur l'obligation de prendre des mesures d'adaptation et ce qu'elle a fait en pratique. Le Conseil a examiné cette politique et il reconnaît que cela est le cas. VIA soutient que, au plus, M. Wood devrait être dédommagé à hauteur du taux de rémunération des employés qui occupaient un poste qu'il aurait pu avoir grâce à des mesures d'adaptation, c'est-à-dire soit le poste de chef de gare ou de chef de service.

[346] M. Wood dit qu'il est « pris entre l'arbre et l'écorce » (traduction) parce que VIA affirme qu'il est incapable de faire le travail de mécanicien de locomotive et qu'elle refuse de prendre des mesures

d'adaptation pour lui permettre de le faire. Il est incapable de faire le travail de serre-frein ou d'agent de triage au CN. Après l'annonce du projet ENSV, M. Wood s'est retrouvé dans une position peu enviable, car le projet chevauchait la période où les employés attendaient la décision de l'arbitre Picher au sujet des droits de retour et une autre décision au sujet du rejet de leur candidature pour la formation donnée par VIA. Il n'y a aucun doute que les deux questions sont devenues entremêlées. M. Wood estime qu'on lui a refusé l'accès à la formation initiale pour des raisons de problèmes médicaux et d'attitude. Son grief à ce sujet a été contrecarré, mais cela ne relève pas à proprement parler de la présente plainte.

[347] M. Wood est retourné au CN, où les tâches qu'il pouvait faire étaient quelque peu limitées, mais cette question regarde M. Wood et le CN. Le 27 juillet 2001, alors qu'il travaillait encore pour le CN, M. Wood s'est blessé de nouveau. Cependant, il a été conclu que cette blessure était liée à son ancienne blessure et que c'était VIA, l'employeur au moment du premier accident de travail, qui était responsable des dommages et de l'obligation de réemployer M. Wood. À tout le moins, c'est la conclusion à laquelle est arrivé l'organisme responsable de trancher de telles affaires, la CSPAAT. M. Wood a témoigné que l'on avait communiqué à maintes reprises avec VIA afin d'obtenir un poste et des mesures d'adaptation, si nécessaire, mais VIA a refusé de l'employer de quelque manière que ce soit.

[348] VIA a reçu le rapport médical selon lequel, à ce moment-là, M. Wood était capable de faire le travail de mécanicien de locomotive au CN. VIA a quand même refusé de réemployer M. Wood, de lui donner de la formation de reclassement ou de prendre des mesures d'adaptation à son égard. M. Gregotski a témoigné au sujet des exigences physiques actuelles du poste de mécanicien de locomotive à VIA, notamment les tâches de manutention des bagages. Pour chaque locomotive, un seul des deux mécaniciens de locomotive doit effectuer cette tâche. Cependant, compte tenu de tous les éléments de preuve présentés au sujet de l'état de santé de M. Wood, le Conseil n'est pas convaincu que M. Wood était, à quelque moment que ce soit, capable physiquement d'effectuer le travail de mécanicien de locomotive pour VIA ou que le défaut de lui accorder un tel poste, avec ou sans modifications, constituait un manquement au devoir de prendre des mesures d'adaptation relativement à son incapacité physique.

[349] La blessure subséquente de M. Wood et la détérioration de son état de santé étayent cette conclusion. M. Wood fait preuve d'optimisme quant à ses capacités et cela semble avoir été le cas depuis le début, mais les évaluations médicales donnent à penser qu'il ne doit pas seulement éviter de soulever des charges, mais aussi de rester assis ou debout de façon prolongée. Le Conseil reconnaît que le poste de mécanicien de locomotive n'est pas seulement exigeant, mais qu'il inclut aussi d'importantes responsabilités en matière de sécurité lorsque surviennent des situations d'urgence imprévues.

[350] Compte tenu de tous ces facteurs, la question est de savoir comment le « dédommagement » de M. Wood doit être calculé. Comme il a été mentionné ci-dessus, au départ, M. Wood se trouvait essentiellement dans la même situation que tous les autres plaignants physiquement aptes au travail qui font partie du groupe Cairns. Toutefois, il a subi peu après une nouvelle blessure qui l'a empêché de travailler comme auparavant. Au nom de M. Wood, il a été soutenu que, si VIA avait offert à celui-ci une occasion de formation et ensuite un poste de mécanicien de locomotive, il ne se serait jamais blessé de nouveau en travaillant au CN. Le Conseil est d'avis que cette éventualité est trop éloignée et imprévisible pour donner lieu directement à un dédommagement. Par ailleurs, cela ressemble beaucoup au genre de recours contre un employeur qui est interdit par le régime d'indemnisation des accidents du travail sans égard à la responsabilité.

[351] M. Wood doit être dédommagé de la façon suivante. Le salaire auquel M. Wood aurait eu droit ne sera pas calculé en fonction du taux de rémunération moyen d'un mécanicien de locomotive dans son complexe ferroviaire d'attache, mais du taux de rémunération moyen d'un agent de triage dans le même complexe. Cela découle du fait que, si M. Wood avait continué à travailler à VIA, il aurait reçu un poste différent comme mesure d'adaptation, et non une formation de mécanicien de locomotive. Le dédommagement pour perte de salaire sera calculé pour la période allant de son arrivée au CN à juin 2006. Le Conseil conclut que, à cette dernière date, M. Wood aurait selon toute probabilité été trop handicapé pour obtenir un poste, même avec des mesures d'adaptation. Cependant, la période pendant laquelle M. Wood recevait des prestations d'invalidité correspondant à 90 % de son salaire ne sera pas incluse dans le calcul du dédommagement. Aucune des prestations versées à M. Wood par la CSPAAT pour cette période-là ne sera déduite du dédommagement accordé dans la présente décision. Tout paiement pour perte non pécuniaire fait à M. Wood au titre

de sa blessure sera inclus dans le facteur d'atténuation. Tout autre paiement pour perte pécuniaire fait par la CSPAAT hors de la période de 90 % sera inclus dans le facteur d'atténuation, mais sur une base annuelle, et non cumulative, car il ne faut pas inclure dans le facteur d'atténuation les indemnités pour accidents du travail payées pour toute période où, en raison du poste qu'il occupait lorsqu'il s'est blessé, sa rémunération était supérieure à ce qu'il aurait gagné dans un poste différent que VIA lui aurait donné comme mesure d'adaptation.

VI – Conclusion et réserve de compétence

[352] Dans la présente décision, le Conseil s'est prononcé sur les principes généraux et sur les cinq cas types qui, selon le groupe Cairns, serviront à guider le règlement des réclamations des autres plaignants. Le Conseil ordonne aux parties de se fonder sur les conclusions énoncées dans les présentes pour effectuer les calculs nécessaires à l'établissement d'un état des droits pour chacun des cinq cas types. Si les parties ne s'entendent pas sur une somme ou un calcul exigés par ce processus, la question sera d'abord renvoyée à un agent du Conseil, puis, si cela ne permet pas d'arriver à un règlement, au Conseil, qui se chargera de déterminer les montants définitifs.

[353] Le Conseil ne s'est pas prononcé sur la perte de droits à une pension pour les cas où cette question est encore en litige. Le Conseil réserve sa compétence pour trancher cet aspect de l'affaire une fois que les autres calculs auront été faits. De nouveau, le Conseil réserve sa compétence à l'égard de toutes les autres questions de redressement en cause dans la présente affaire. Le Conseil a bon espoir que les parties sauront utiliser les cas types et les principes généraux dégagés ci-dessus pour régler l'affaire de façon satisfaisante.

*Traduction certifiée
conforme
Communications*

Andrew C. L. Sims, c.r.
Vice-président